Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Hohen Juristischen Fakultät
der Universität zu Rostock

vorgelegt von

FRANZ FETT
Referendar in Hamburg.

HAMBURG 1912.
Druck von Berngruber & Henning.

Referent: Professor Dr. Matthiaß.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung: Geschichtliche Entwicklung des Hypothekenbriefes 1

1) Der Rentenbrief des Mittelalters 2

2) Die über die Hypothek ausgestellten Urkunden 4

a) preußisches Recht 5

b) mecklenburgisches Recht 7

c) bayrisches Recht 9

d) württembergisches Recht 10

e) Hamburger und lübeckisches Recht . 10

B. Hauptteil 11

I. Das mit der Regelung des Hypothekenbriefs im Bürgerlichen Gesetzbuche verfolgte Ziel 12

II. Die rechtlichen Funktionen des Hypothekenbriefs 16

1) Der Brief bei Entstehung des Gläubigerrechts 16

Seite

2) Der Brief bei Begebung der Hypothek 25
a) bei der Abtretung 25
b) bei der Verpfändung 31

3) Praktischer Wert beider Funktionen 33

4) Der Brief bei Geltendmachung der Hypothek 35

5) Der Brief bei Beendigung des dinglichen Rechtsverhältnisses 39

III. Das Verhältnis des Hypothekenbriefes zu den übrigen Faktoren des Hypothekenrechtes 43

1) Das Verhältnis des Briefes zur Forderung 43

2) Das Verhältnis des Hypothekenbriefs zum Grundbuch 46

3) Das Verhältnis des Briefs zum hypothekarischen Recht 53

IV. Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs 69

C. Schlußbetrachtung: Die Vorteile und Nachteile des Briefs bei der Hypothek 70

Literatur-Verzeichnis.

Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht. 4. Aufl. 1894.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung, Berlin 1901.

Bähr, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 2, S. 153.

Bendix, Berechtigt der Besitz des Hypothekenbriefs den Grundstückseigentümer zur Verfügung über die auf seinem Grundstück für einen Dritten eingetragenen Briefhypotheken? Bl. f. R.-A. Bd. 57, S. 535.

Best, Grundbuchrecht. Gießen 1896.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl., Berlin 1903.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Brachvogel und Frydrychowicz. Handbuch des Grundbuchrechts. Berlin 1901.

du Chesne, Die bedingte Hypothek; in Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Bd. 5, S. 403.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Jena 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Bd. Tübingen 1905.

Dennler, Der Hypothekenbrief des neuen Rechts, in Bl. f. R.-A., Bd. 68, S. 154 ff.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. Halle/Saale 1904.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 1894.

Dronke, Die Anwendbarkeit des § 1155 BGB. und des § 40 Abs. 2 Gr. B. O. beim Übergang des bloßen dinglichen Hypothekenrechts; in Z. Bl. f. G. u. N., Bd. 1, S. 955 ff.

v. Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten. Lübeck 1879.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Bd. Marburg 1898.

Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Recht. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 14, S. 233 ff.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1901—1903.

Gareis, Einführung in das Studium des BGB. Berlin 1896.

Gierke, Deutsches Privatrecht (in Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Hgg. von Binding) II. Band. Leipzig 1905.

Güthe, Grundbuchordnung. Berlin 1911.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900.

Hallbauer, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Leipzig 1908.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Hgg. von Binding) II. Band. Leipzig 1886.

Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek; im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 25, S. 249 ff.

Höpken, Das Bremische Pfandrecht am liegenden Gut, im Bremischen Jahrbuch Bd. VII, Bremen 1874.

Hübner, Grundzüge des deutscheu Privatrechts. Leipzig 1908.

Jacobi, Wertpapiere im bürgerlichen Recht (Fischer, Zwanglose Hefte).

Johow, Begründung des Entwurfs eines Sachenrechts. Bd. III. Berlin 1880.

Klumpp, Das Deutsche Grundbuchrecht. 2. Aufl. Stuttgart 1905.

Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches; in Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches von Becker und Fischer Bd. 14.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903.

Maenner, Sachenrecht. 2. Aufl. München 1906.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

v. Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht. Leipzig 1871.

Meikel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. München 1908.

Mittelstein, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hamburg 1898.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.

Nürck, Das Sachenrecht des Reichs. Mannheim u. Leipzig 1909.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. 4. Auflage. Berlin 1909.

Oberneck, Das formelle Reichsgrundbuchrecht, bei Gruchot Bd. 43, S. 898 ff.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Bd. 3. Aufl. Berlin 1905.

Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.

Regelsberger, Das bayrische Hypothekenrecht. Leipzig 1874.

Rehme, Zur Geschichte des Münchner Liegenschaftsrechtes; in Festgabe für Dernburg. Berlin 1900.

Rospatt, in Juristische Wochenschrift 1909, S. 698.

v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts; in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs. 2. Bd. Jena 1899.

Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht. Tübingen 1909. S. 131.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. Berlin 1912.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Bd. 5.—6. Aufl. München und Berlin 1910.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechs. 2. Bd. 2. Aufl. Berlin 1883.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. I. Bd. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.

Sammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht. Hgg. v. Kohler, Ring, Oertmann. Berlin.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Hgg. v. Rassow, Küntzel und Eccius. Berlin.

Deutsche Juristenzeitung. Hgg. von Laband, Hamm, Heinitz. Berlin.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwalt-Vereins. Hgg. von Neumann. Berlin.

K. G. J. Jahrbuch der Entscheidungeu des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit etc. Hgg. von Johow und Ring. Berlin.

Pos. M. Schr. Juristische Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreußen und Pommern. Hgg. von Landsberg.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hgg. von Soergel. Hannover.

Rspr. d. OLG. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan und Falkmann. Leipzig.

RGE. Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.

Schl.-Holst. Anz. Schleswig-Holsteinischer Anzeiger. Hgg. von Tiemann und Lüders. Glückstadt.

Z. Bl. f. G. u. N. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, sowie Zwangsversteigerung. Hgg. von Lote. Leipzig.

A. Einleitung.

Das Hypothekenrecht hat eine einheitliche Regelung für das gesamte Deutsche Reich erst mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch erfahren. Bis dahin galten in jedem Bundesstaate besondere landesgesetzliche Bestimmungen. Schon die alten Landesgesetze kannten zum Teil eine Zweiteilung der Hypothek in eine solche, über die ein Brief ausgestellt wurde, und in Hypotheken ohne Brief,[1]) »Buchhypothek« und »Briefhypothek«. Daraus ergibt sich, daß das Institut des Hypothekenbriefes nicht eine Neuschöpfung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, sondern bereits vor Inkraftreten dieses Gesetzes im rechtlichen Verkehr bestanden hat.

Geschichtliche Entwicklung des Hypothekenbriefes.

Diese Darstellung macht es sich zur Aufgabe, den Hypothekenbrief des Bürgerlichen Gesetzbuches zu kennzeichnen und begrifflich zu erläutern. Als Grundlage wird dafür eine Darstellung der geschichtlichen Entwickluug, die der Hypothekenbrief durchgemacht hat,

[1]) Der Einfachheit halber seien diese in der Literatur durchaus üblichen Ausdrücke für die beiden unterschiedlichen Hypotheken gebraucht.

erforderlich sein, um durch Vergleich mit den früheren Rechten den Zweck dieses Instituts besser zu präzisieren.

1. Der Rentenbrief des Mittelalters.

An den Hypothekbrief des heutigen Rechts erinnert bereits ein Institut des Mittelalters, das wir im Rentenbrief[2]) sehen. Wie der heutige Hypothekenbrief ein Zeugnis des Grundbuchamts[3]) über die erfolgte Eintragung einer Hypothek in das Grundbuch darstellt, so war bereits der Rentenbrief[4]) des Mittelalters eine amtliche Ausfertigung einer Urkunde über die Eintragung, und zwar wurden die gekauften Renten dem Käufer verbrieft.[5])

In zweifacher Beziehung liegt eine Ähnlichkeit zum Hypothekenbrief des jetzigen Rechts vor. Einmal zeigt der Entstehungsgrund vieler Renten des damaligen Rechts Verwandtschaft mit der heutigen Hypothek. Verkaufte z. B. jemand sein Haus, und konnte der Käufer den vollen Kaufpreis nicht zahlen, so ließ sich der Verkäufer für den nicht gezahlten Rest der Kaufgeldersumme eine Rente auf das Haus zu seinen Gunsten ausstellen und verbriefen.[6]) Auch als Anlegung einer Geldsumme wurden Renten aus einem Grundstücke vom Eigentümer gekauft. So nahm der Rentenkauf etwa die Stellung des heutigen zinstragenden hypothekarischen Darlehens ein; »er befriedigte die Bedürfnisse beider Teile, des kapitalsuchenden Eigen-

[2]) Cosack S. 214.

[3]) Grundbuchordnung § 56.

[4]) Auch Handfeste, Brief, Zedel, Rentenbrief, Ewiggeldbrief genannt. S. Gierke 2, 756; Rehme a. a. O. S. 306.

[5]) Fischer S. 237.

[6]) Stobbe § 104.

tümers und des rentensuchenden Kapitalisten, in vollkommener Weise und vermochte daher den Aufschwung des wirtschaftlichen Lebens höchst kräftig zu befördern.«[7]) Für den hierüber ausgestellten Brief ist dies jedoch gleichgiltig, denn auch er enthielt die Beurkundung einer von einer öffentlichen Behörde ausgeführten Eintragung, und durch diese erlangte die Rentenberechtigung Wirksamkeit gegen den dritten Erwerber des Grundstücks.[8]) [9])

Die zweite Ähnlichkeit jenes Briefes mit dem Hypothekenbrief liegt darin, daß nicht selten »zur Veräußerung und Belastung der Rente neben der Auflassung, ja selbst ohne sie die Übertragung des Papiers mit hinzutretendem formlosen Vertrag genügte,[10]) eine Art der Übertragung, die der Bestimmung des § 1154 BGB[11]) entspricht.

Der Besitzer des Rentenbriefs brauchte nun dem Schuldner gegenüber nicht die Zession nachzuweisen, der Besitz des Papieres genügte an manchen Orten, auch wenn in der Urkunde nur ein Gläubiger genannt war. Der rechtliche Charakter des Rentenbriefs kann

---

[7]) Hübner, S. 361. Ein Unterschied lag jedoch darin, daß die Rente durch ein besonderes Rechtsgeschäft »als eine rein privatrechtliche und ausschließlich vermögensrechtliche Grundlast« (Gierke Pr. R. 2, 754) bestellt wurde.

[8]) Stobbe, S. 275.

[9]) Die Behörde der Eintragung war in den einzelnen Rechten verschieden. In den Städten meistens die städtische Behörde, der Stadtrat; so z. B. in Mecklenburg.

Meibom S. 2. Die Eintragung erfolgte in die Gerichtsbücher, Ratsbücher, Stadtbücher oder besondere Rentenbücher.

[10]) Hübner S. 362.

[11]) »Zur Abtretung der Forderung ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich.«

also kurz dahin zusammengefaßt werden, daß er als amtliches Zeugnis über eine erfolgte Eintragung eine Beweisurkunde dieses Rechtes war und als Wertpapier behandelt wurde.[12]) Der Besitz der Urkunde genügte zur Geltendmachung des Rechtes, nicht wurde, wenigstens an manchen Orten, nur der in dem Brief genannte Gläubiger legitimiert. So kam es, daß der Brief oft, so in Bremen, die Stellung eines Inhaberpapieres einnahm und als solcher behandelt wurde.[13])

Ein geschichtlicher Zusammenhang zwischen diesem Rentenbriefe und dem heutigen Hypothekenbrief ist mit Sicherheit nicht festzustellen; gewisse Ähnlichkeiten sind jedoch nicht zu leugnen.[14])[15])

2. Die über die Hypothek ausgestellten Urkunden.

Der Ursprung des heutigen Hypothekenbriefs ist daher anderswo zu suchen. Neben den Rentenbrief trat nämlich im 17. Jahrhundert die Hypothek, welche in manchen Beziehungen sich an die Rente anlehnte, dieses Institut ausbildete,[16]) moderner gestaltete und so allmählich an die Stelle des immer mehr an Bedeutung verlierenden[17]) Rentenkaufs trat. Nur an wenigen Orten bestand die alte Rente neben der Hypothek weiter.[18]) Den Unterschied zwischen der neu aufgekommenen Hypothek und dem Rentenkauf, der in erster Linie in dem Hinzukommen der ding-

[12]) Hübner S. 361, 382.
[13]) s. Höpken S. 191 ff.
[14]) Mot. III. S. 612.
[15]) Fischer S. 237.
[16]) Gierke II S. 763.
[17]) Heusler 2. 150.
[18]) Hübner, S. 361; so vielfach in der Schweiz und in dem Münchner Ewiggeld, das sich bis 1900 erhielt.

lichen Pfandhaftung sich äußerte, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erläutert werden. Wir begnügen uns damit, darzulegen, wie sich der Rentenbrief in seinen Funktionen von denen der nunmehr über die Hypothek ausgestellten Urkunde unterscheidet.

a) preußisches Recht.

Unter den vielen verschiedenen Urkunden, die über die Hypothek ausgestellt wurden, sei zunächst die preußische Urkunde erwähnt. In Preußen fand das Hypothekenrecht schon im 18. Jahrhundert seine Regelung, und zwar zunächst in der Preußischen Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783. Vereinfacht wurde die Regelung der Hypothekenurkunde durch die Gesetzgebungen von 1853 und 1872, Vereinfachungen, die sich zunächst auf die formelle Seite der Urkunde bezogen. Da die rechtlichen Funktionen des Briefes im wesentlichen dieselben blieben und hier nur die materielle Seite in Betracht kommt, so kann die rechtliche Bedeutung des preußischen Hypothekenbriefes für alle drei Perioden gemeinsam gekennzeichnet werden.[19])

Der preußische »Hypothekenschein« wurde als beglaubigte Abschrift über die Eintragung des öffentlichen Buches teils »pro informatione«, teils, »in vim recognitionis«[20])[21]) ausgestellt. Daraus geht hervor, daß das Papier als Beweisurkunde für die Eintragung des Rechts in erster Linie die Information der Beteiligten bezweckte. Hierzu trat eine weitere Funktion. Sollte

[19]) Als Grundlage dafür diene die Zeit nach 1872.

[20]) Dernburg, Lehrbuch d. pr. Pr. R. Sachenrecht S. 808.

[21]) vergl. auch Güthe, a. a. O. 1012.

eine Änderung der Eintragung hinsichtlich der Forderung erfolgen, so mußte der Hypothekenschein vorgelegt werden.[22]) Damit wurde zweierlei erreicht. Einmal erlangte der Hypothekenschein durch die Vorlegepflicht die Funktion eines Legitimationspapiers[23]) für den die Änderung der Eintragung beantragenden Gläubiger, ferner wurde die Änderung auch auf dem Scheine vermerkt und dadurch der zuerst genannte Zweck der Urkunde, als Information über die Eintragung zu dienen, erreicht. Die Urkunde stellte nämlich stets eine übereinstimmende Abschrift des öffentlichen Buches dar. Zur Kenntnisnahme des Inhalts des öffentlichen Buches genügte somit ein Einblick in den Hypothekenschein, später »Hypothekenbrief« genannt.

Wichtig ist ferner, daß das dingliche Recht des Gläubigers schon mit der Eintragung entstand,[24]) die Geltendmachung jedoch von der Aushändigung abhängig war.[25]) Die Übertragung der Hypothek vollzog sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts, zur Geltendmachung gehörte aber auch hier wiederum Legitimation als Inhaber des Hypothekenbriefes. Ein Hypothekenbrief brauchte nicht ausgestellt zu werden, ein Verzicht auf die Urkunde war zulässig.[26]) Sollte jedoch über die Forderung verfügt werden, so mußte ein Hypothekenbrief gebildet werden.[27])

Zusammengefaßt stellt sich der Hypothekenbrief des preußischen Rechts[28]) dar als Beweisurkunde[29])

[22]) Dernburg, Sachenrecht, S. 809.
[23]) Achilles zu § 122.
[24]) Best. S. 128.
[25]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. I, § 324, S. 810.
[26]) Predari S. 226.
[27]) Cosack, Bd. II, S. 215.
[28]) RG. Bd. 16, S. 171.
[29]) RG. Bd. 39, S. 285, Bd. 42, S. 334.

für die erfolgte Eintragung des Rechts, um zur Information der Beteiligten zu dienen und als Legitimationspapier des Berechtigten, »das als Legitimation genügt, um über die Hypothek zu verfügen und sie geltend zu machen.«[30])[31])

Aus dem preußischen Rechte ist das Institut des Hypothekenbriefs in die Grundbuchgesetze für Oldenburg, Koburg-Gotha und Braunschweig übergegangen. Nach dem Braunschweigischen Gesetz geht aber die rechtliche Bedeutung der Urkunde insofern noch weiter, als daselbst für die Abtretung der Hypothek das Erfordernis der Übergabe des Briefes an den Erwerber hinzutritt. Auch in Anhalt ist die Übergabe des Briefes vorgeschrieben.[32])

Von der geschilderten rechtlichen Stellung des Hypothekenbriefs in Preußen war jedoch die Regelung dieses Institutes in den übrigen Bundesstaaten verschieden. Von den wichtigsten Systemen seien hier die Hauptgesichtspunkte hinsichtlich der rechtlichen Funktionen des Hypothekenbriefes hervorgehoben.

b) mecklenburgisches Recht.

Grundlegend für die Entwicklung des Hypothekenbriefs, auch für die Reformen im preußischen Recht, ist das mecklenburgische Recht gewesen. Über jede Eintragung einer Hypothek wurde ein Hypothekenschein ausgefertigt, und zwar enthielt dieser ein amtliches Zeugnis der Behörde über die geschehene Eintragung der Hypothek im Buche. Als solches hat der

[30]) Hübner S. 383.

[31]) Anders Predari S. 227, der es für sicher hält, daß die Urkunde mehr als ein bloßes Beweismittel war.

[32]) Fischer S. 239; Mot. III S. 613.

Hypothekenschein die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde gehabt. Bei jeder begehrten Änderung der Eintragung war der Hypothekenbrief vorzulegen. Die rechtliche Natur dieses Hypothekenscheins im mecklenburgischen Recht beschreibt Meibom[33]) folgendermaßen:

»Der Hypothekenschein ist nicht lediglich eine Beweisurkunde. Er ist nicht bloß dazu bestimmt, den Beweis für die Existenz des hypothekarischen Rechtes zu führen, welcher auch in anderer Weise geführt werden konnte, namentlich durch das Hypothekenbuch. Er hat vielmehr auch für das materielle Rechtsverhältnis Bedeutung, welches sich auch dann geltend macht, wenn in betreff der Beweisfrage kein Streit obwaltet. Seine materielle Bedeutung besteht darin, daß das hypothekarische Recht ohne den Besitz des Hypothekenscheins zwar erworben, aber in den wichtigsten Beziehungen nicht ausgeübt werden kann. Das hypothekarische Recht erscheint daher im Hypothekenschein verkörpert. Zwar nicht in dem eminenten Sinne, daß dasselbe außerhalb des Papiers keine rechtliche Existenz hätte, aber in dem Sinne, daß das Papier das körperliche Werkzeug ist, vermittelst dessen das hypothekarische Recht sowohl gegenüber dem belasteten Grundstücke geltend gemacht, als auch von einem Subjekt auf das andere übertragen wird. Der Hypothekenschein ist daher ein Wertpapier. Er ist kein Inhaberpapier; denn er muß auf den Namen des Gläubigers lauten. Er ist kein Orderpapier; denn er wird nicht durch Indossament, sondern durch Zession übertragen. Gleichwohl eignet er sich, als Ware in den Verkehr zu kommen, weil der dritte Erwerber durch den formellen Charakter des

[33]) a. a. O. § 19 S. 145.

hypothekarischen Rechts gegen Einwendungen aus dem ursprünglich unterliegenden Rechtsverhältnis und durch die singuläre Behandlung der Zession gegen Einwendungen aus der Person des Vormannes geschützt ist.«

Wie sich zeigt, ist also der Hypothekenbrief des mecklenburgischen Rechts mehr als eine Beweisurkunde gewesen und hat für das materielle Hypothekenrecht als Träger des hypothekarischen Rechtes eine wichtige Bedeutung gehabt.

c) bayrisches Recht.

Eine wesentlich andere Stellung nimmt der Hypothekenbrief des bayrischen Rechtes ein. Ihm kommt lediglich die Funktion einer Beweisurkunde zu.[34]) Im allgemeinen wurde nur ein Recognitionsschein über die erfolgte Eintragung ausgestellt und nur, wenn für eine Schuld eine Hypothek eingetragen war, wurde eine dem Inhalte nach etwas reichhaltigere Urkunde, ein Hypothekenbrief, ausgefertigt. Diese hypothekarischen Urkunden waren in erster Linie zur Information der Beteiligten da. Weder ein Recognitionsschein, noch ein Hypothekenbrief war ein Erfordernis für die Entstehung des hypothekarischen Rechtes, um so weniger für dessen Fortdauer, nicht einmal für seine gerichtliche Geltendmachung oder zur Verfügung über dasselbe durch Zession, Verpfändung, Löschung. Der bayrische Hypothekenbrief steht somit an rechtlicher Bedeutung hinter dem mecklenburgischen weit zurück.[35])

Im wesentlichen auf dem gleichen rechtlichen Standpunkt wie die bayrischen hypothekarischen Urkunden,

[34]) Regelsberger S. 98.
[35]) Regelsberger S. 98.

stehen die Weimarer Pfandscheine und die sächsischen Hypothekenbriefe und Recognitionsscheine.

d) württembergisches Recht.

Auch im württembergischen Recht haben die »Pfandscheine« nur die Funktion eines Beweispapiers über die geschehene Eintragung. Während jedoch die Urkunden der anderen Rechte, die Beweismittel waren, ihre Beweiskraft auf die des Buches zurückführten, entschied im Falle eines Widerspruchs zwischen Pfandschein und Pfandbuch unter Umständen der Pfandschein. Hervorzuheben ist noch, daß zur Löschung des Unterpfandrechts die Beibringung des Pfandscheins erforderlich war.

Ähnliche hypothekarische Urkunden hatten Hessen[36]) und Baden.

e) hamburgisches und lübeckisches Recht.

Das hamburgische und lübeckische Recht kennt keine Hypothekenurkunden. An deren Stelle fungieren, lediglich zur Information der Beteiligten, »Extrakte« aus dem Buche als Beweisurkunde.[37]) Auch werden solche Extrakte nur auf Verlangen ausgestellt und haben mit der Entstehung der Hypothek oder deren Weiterbegebung nichts zu tun.[38])

Aus diesem kurzen Überblick über die verschiedenen Arten der Hypothekenurkunden und ihre rechtliche Bedeutung ergibt sich, daß die Hypothekenurkunde in den einzelnen Rechtsgebieten vollkommen ver-

[36]) Mittelstein S. 83.

[37]) Bolze S. 25.

[38]) v. Dahn S. 104, 125, 126.

schiedene Bedeutung gehabt hat. Die geringste Bedeutung hatten die nur an die Zahlung tarifmäßiger Gebühren geknüpften Abschriften des Grundbuchs im hamburgischen und lübeckischen Recht, am meisten entwickelt war die rechtliche Bedeutung des Hypothekenbriefs im mecklenburgischen Rechte.

B. Hauptteil.

Für die Auffindung und Abgrenzung des rechtlichen Charakters des Hypothekenbriefs im Bürgerlichen Gesetzbuche bedarf es der Berücksichtigung zweier Punkte. Wenn der Gesetzgeber ein bestimmtes Institut gesetzlich regelt, so geht er zunächst von dem praktischen Zwecke aus, den es erfüllen soll. Ist er sich darüber klar, so wird das Institut im einzelnen geregelt, immer im Hinblick auf den zu erreichenden Zweck. Daraus ergibt sich der Gedankengang, der die folgende Darstellung beherrschen soll.

1) Welches Ziel hat der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Hypothekenbriefs und seiner Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuche erreichen wollen?

2) Welche rechtlichen Funktionen gibt er dem Brief zur Erreichung dieses Zieles?

Von allen formellen Bestimmungen über den Hypothekenbrief wird abgesehen werden müssen, da es sich um die Darstellung seiner materiellen Seite

handelt. Nur insoweit wird eine Formvorschrift heranzuziehen sein, als sie ein Ausfluß einer besonderen materiell-rechtlichen Eigenschaft des Briefes ist, oder aber auf die materielle Betrachtung des Briefes einen mittelbaren Schluß erlaubt.

I. Das mit der Regelung des Hypothekenbriefs im Bürgerlichen Gesetzbuche verfolgte Ziel.

Aus der geschichtlichen Entwicklung des Hypothekenbriefes geht hervor, daß fast übereinstimmend in den verschiedenen Rechten ein besonderer Wert des Hypothekenbriefes darin lag, daß er zur Information der Beteiligten eine Abschrift des Buches darstellte und einen Beweis über das Bestehen des eingetragenen Rechtes brachte. Sollte das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Regelung des Hypothekenbriefes nur dies angestrebt haben, so würde man mit Recht behaupten können, daß die Vorschriften über den Hypothekenbrief nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch gehörten, unter dem Hinweis darauf, daß eine Hypothekenurkunde, welche lediglich Informationen der Beteiligten bezweckt und als solche mit öffentlicher Beweiskraft ausgestattet ist, im wesentlichen nichts anderes als ein »Mittel zur Betätigung der formellen Öffentlichkeit des Grundbuchs darstellt und jedenfalls keine Einrichtung des materiellen Rechtes ist.«[39])

Auch läge in dieser Funktion des Hypothenbriefes keine Besonderheit. Denn das Bedürfnis der Information

[39]) Johow S. 1600; Mot. III S. 615 f.

der Beteiligten liegt nicht nur bei der Eintragung der Hypothek vor, sondern bei Eintragungen jeglicher Art. Auch würde ein Beweis über die erfolgte Eintragung durch eine einfache Mitteilung der Buchbehörde an den betreffenden Interessenten genügend erbracht werden, und somit eine ausführliche Regelung unnötig sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch muß demnach eine andere Absicht mit der Regelung des Hypothekenbriefs verfolgt haben. Übernahm es seine Regelung, so hat es den Brief in das materielle Hypothekenrecht hineingeflochten und aus ihm ein Institut des materiellen Rechts gemacht. Durch die Schaffung des Hypothekenbriefs entstanden zwei Arten von Hypotheken, Buchhypothek und Briefhypothek. Die Frage, welche Absicht der Gesetzgeber bei Schaffung des Hypothekenbriefs hatte, spitzt sich somit auf die Frage nach dem Zweck der Briefhypothek zu. Mit Auffindung dieses Zweckes ist zugleich die materielle Berechtigung des Hypothenbriefes gefunden und der erste Schritt zur Abgrenzung seiner rechtlichen Bedeutung getan. Denn innerhalb des aus dem Zweck des Briefes sich ergebenden Rahmens muß die Betrachtung seiner rechtlichen Funktion zur Präzisierung seines rechtlichen Charakters führen.

Die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung der Briefhypothek läßt sich in wenigen Worten folgendermaßen schildern:

Die Hypothek als Belastung eines Grundstücks stellt sich als eine Form des Realkredits dar. Während im römischen Recht die Immobilien nur in zweiter Linie als Gegenstände des Pfandrechts in Betracht kommen, zeigt sich im heutigen Recht die Belastung von Grund-

stücken als Voraussetzung zur Förderung und Ordnung vitaler Interessen, und zwar daher, weil heutzutage das Kreditbedürfnis des Grundbesitzes regelmäßig nicht ein vorübergehendes, sondern ein dauerndes ist.[40]) Es soll somit durch die Hypothek dem Grundbesitzer ermöglicht werden, dauernd über Kapitalien zu verfügen, wofür er seinerseits seinen Grundbesitz verpfändet. Sind die Hypotheken nun beliebig kündbar, so wird das Ziel des Grundeigentümers nicht erreicht. Im entgegengesetzten Falle aber, daß die Hypothek für Jahre unkündbar ist. — dies wäre für den Grundeigentümer das angenehmste — befindet sich wiederum der Hypothekengläubiger im Nachteil, denn er kann selbst im Notfalle nicht an sein Geld gelangen. Somit nützt ihm die Sicherheit seiner Hypothek wenig, wenn sie für ihn nicht realisierbar ist.

Der Hypothekengläubiger muß daher darauf sehen, sein Geld so anzulegen, daß es einerseits sicher ist, er aber andererseits leicht das Geld flüssig machen kann. Hier hat der Gesetzgeber eingreifen wollen, um dem Realkredit freie Entwicklung zu ermöglichen.[41])

Die Festsetzung besonderer Kündigungs- und Zahlungsfristen konnte, wie gezeigt, zu keinem Resultate führen, da sie Vorteil nur auf der einen Seite gewährte. Der Gesetzgeber ging von der richtigen Ansicht aus, daß trotz langer Kündigungsfristen der Gläubiger dann gut gestellt werde, wenn die Hypothek sich nicht nur als ein noch nicht fälliger Anspruch gegen den Grundstückseigentümer darstelle, sondern derart zu einem Teil des Vermögens gestaltet werde, daß sie ohne Schwierig-

[40] Johow S. 1602.
Mot. III. 615.

keiten verwertet werden kann. Denn damit war zugleich beiden Parteien geholfen.

Zur Erreichung dieses Zieles war es aber nötig, daß der Hypothekenverkehr sich leicht entfalten und abwickeln konnte. Deshalb suchte der Gesetzgeber nach einem Mittel, den Hypothekenverkehr in möglichst leichte und einfache Formen zu kleiden,[42]) ohne jedoch die Anwendung der publica fides, die sich als ein grundlegendes Bedürfnis für den Hyothekenverkehr darstellt, zu übersehen.

Störend für die Entwicklung dieses Verkehrs mußte der Umstand wirken, daß sich die Verfügung über eine Hypothek an die Bucheintragung unbedingt knüpfen müßte, und zwar besonders in großen Rechtsgebieten. Da ein gemeinsames Erscheinen der Parteien vor dem Grundbuchamte immerhin hinderlich und beschwerlich war, wollte man den Hypothekenverkehr nicht unbedingt an die Eintragung des Grundbuches knüpfen. Hierfür mußte ein Institut gefunden werden, durch das die Vorteile der Eintragung (publica fides) ersetzt wurden.[43]) Durch dies mußte ferner erreicht werden, daß die Beteiligten einerseits über den Inhalt des Grundbuchs Aufschluß erhielten, andererseits ihnen dadurch ein sicheres Kennzeichen für die Rechtsbeständigkeit der ohne Eintragung über die Hypothek getroffenen Verfügung gegeben wurde.[44]) So griff man zum Institute des Hypothekenbriefs und machte aus ihm einen im Rechtsverkehr mitwirkenden Faktor des materiellen Hypothekenrechts.

---

[42]) Mot. III, 615.

[43]) Meibom S. 346 ff.

[44]) vgl. die ausführliche Darstellung bei Johow S. 1600 ff.

II. Die rechtlichen Funktionen des Hypothekenbriefs.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dem Hypothekenbrief verschiedene rechtliche Funktionen zugeteilt. Seine erste Funktion zeigt sich bei der Entstehung der Briefhypothek.

1. Der Brief bei Entstehung des Gläubigerrechts.

Nach § 1116 BGB. ist es im allgemeinen[45]) in das Ermessen der Beteiligten gestellt, ob über die zu bestellende Hypothek ein Brief gebildet werden soll oder nicht. Da das Bürgerliche Gesetzbuch als Regelfall[46]) die Briefhypothek[47]) hingestellt hat, — dies ergibt sich aus § 1116 — so bedarf es, wenn die Parteien eine Briefhypothek haben wollen, einer nach außen hin erkennbaren Kundgebung ihres Willens nicht besonders. Anders für den Fall der Buchhypothek. Zur Bestellung einer solchen ist Einigung des Gläubigers und Eigentümers über die Ausschließung des Briefes und Ein-

[45]) Nicht bei der Sicherungshypothek. Über diese kann überhaupt kein Brief erteilt werden. Dies ist eine positive Ausnahme. Die Mot. III S. 765 deuten dies durch die Worte an: »Das Institut des Hypothekenbriefs bezweckt die Erleichterung des Verkehrs mit Hypotheken. Er kann daher auf die nicht für diesen Verkehr bestimmte Sicherungshypothek nicht ausgedehnt werden!« cf. auch Hachenburg, Vortr. S. 581.

[46]) Anders im ersten Entwurf. Dieser hatte zwischen Hypotheken — mit den Unterabteilungen der Buchhypothek als Regelfall, der Brief- und Sicherungshypothek — einerseits und Grundschuld andererseits unterschieden. Erst der zweite Entwurf stellte als Regelfall die Briefhypothek hin. cf. Fischer S. 234.

[47]) Über die Hypothek, zu der der Eigentümer verurteilt worden ist, ist regelmäßig ein Brief zu erteilen. Rspr. d. OLG. 1. S. 481. Meikel zu § 56 Gr. B. O.

tragung dieser Ausschließung ins Grundbuch erforderlich.[48])

Hinsichtlich der Eintragung einer Buchhypothek bestehen jedoch Zweifel: Nach herrschender Ansicht[49]) wird die Hypothek mit Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs auf Grund einseitiger Eintragungsbewilligung des Eigentümers eingetragen. Es folgt dies bereits daraus, daß vor der Eintragung einer Buchhypothek, d. h. des Vermerks, daß die Ausstellung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, der Gläubiger ein Recht, das im Sinne des § 19 Gr. B. O. betroffen wird, überhaupt noch nicht besitzt. Anderer Ansicht ist u. a. Fischer[50]), der zur Einigung der Parteien eine bestimmte Form und die Bewilligung durch den Gläubiger fordert.

Im preußischen Recht[51]) war im Gegensatz hierzu einseitiger Verzicht auf Bildung des Hypothekenbriefs zulässig. Berechtigt zum Verzicht war der Eigentümer für den Fall, daß auf Grund seiner Bewilligung die Hypothek eingetragen war. Für das heutige Recht dagegen müssen beide Parteien sich über die Ausschließung einig sein.

Aber selbst, wenn eine Hypothek bereits besteht, soll es den Parteien stets überlassen bleiben, die ihnen angenehmere Form der Hypothek auch nachträglich zu wählen. Zu diesem Zwecke bedarf es für die Umwandlung der Hypothek wieder der Einigung beider

[48]) cf. § 1116 Abs. 2 BGB.

[49]) so Staudinger zu § 1116 II 1a; Fischer 401; Turnau-Förster 612 Anm. 2; Planck 464 A. 3; Biermann 308 A. 26; Brachvogel Grundbuchrecht S. 256.

[50]) a. a. O. 245, mit ihm Kuhlenbeck 774 A. 3, Endemann § 119 A. 2.

[51]) Dernburg, Preußisches Hypothekenrecht Bd. II § 18.

Parteien,[52]) da durch die Vereinbarung der nachträglichen Bildung bezw. Ausschließung des Briefes die Rechte beider Parteien betroffen werden. Auch hier bedarf es der Eintragung der Ausschließung ins Grundbuch.[53]) Für den Fall der nachträglichen Ausschließung des Briefes besteht jedoch noch eine weitere Voraussetzung: Es muß nämlich der Hypothekenbrief dem Grundbuchamte vorgelegt werden.[54]) Einmal wird hierdurch der Gläubiger dem Grundbuchamte gegenüber legitimiert, ferner ist aber die Vorlegung im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, denn der Brief soll, um jeglichem Mißbrauche vorzubeugen, unbrauchbar gemacht werden.[55])

§ 1117 BGB bestimmt nun, daß im Falle der Bestellung einer Briefhypothek der Gläubiger die Hypothek erst erwirbt, wenn er als solcher im Grundbuch eingetragen und ihm der Brief vom Eigentümer ausgehändigt ist. Es kommt also bei der Briefhypothek für die Entstehung neben der Eintragung als weiteres Erfordernis die Übergabe des Briefes an den Gläubiger hinzu.

---

[52]) Unzulässig ist die Eintragung eines Vermerks im Grundbuch bei einer Briefhypothek, daß dem Gläubiger jederzeit auf Grund der Einwilligung des Eigentümers freistehen soll, die Aufhebung der Ausschliessung im eigenen Namen zu bewilligen und zu beantragen. Rspr. OLG. 2, 322; ebenso Biermann 308 Anm. 2b; Planck 464 A. 2; Turnau-Förster 612, 2 mit der Begründung: die Bewilligung des Eigentümers allein wirkt nicht rechtsgestaltend, solange nicht die weitere Erklärung des Gläubigers hinzugekommen ist. Nur der jeweilige Eigentümer kann die für die Rechtsänderung erforderliche Bewilligung rechtswirksam abgeben.

[53]) § 1116 Abs. 2 BGB.

[54]) Gr. B. O. § 42.

[55]) Biermann zu § 1116, 2b, G. B. O. § 69.

Die Entstehung der Briefhypothek vollzieht sich demnach folgendermaßen: Den allgemeinen Vorschriften[56]) entsprechend findet die Eintragung der Hypothek im Grundbuche statt, sodann wird von dem Grundbuchamte ein Hypothekenbrief über die bestellte Hypothek erteilt und dem Grundstückseigentümer ausgehändigt; dieser übergibt den Brief dem darin verzeichneten Dritten, der in dem Momente der Übergabe Gläubiger der Hypothek wird. Die Übergabe ist Einräumung des unmittelbaren Besitzes;[57]) somit finden auf die Übergabe die Vorschriften über den Besitzerwerb Anwendung,[58]) und der Einfachheit halber ist bestimmt,[59]) daß die Übergabe des Briefes auch durch die Vereinbarung ersetzt werden kann, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen.[60])[61])

Über den Ersatz der Übergabe des Hypothekenbriefs durch die in § 1117 Abs. 2 enthaltene Vereinbarung ist folgendes zu bemerken:

[56]) §§ 873 ff. BGB.

[57]) Klump S. 800; Predari S. 230.

[58]) §§ 1117, 930 BGB.

[59]) § 1117 Abs. 2 BGB.

[60]) Diese Vereinbarung schließt die Regel des § 1163 Abs. 2 BGB., daß bis zur Übergabe die Hypothek dem Eigentümer zustehe, aus. Hier geht die Hypothek unmittelbar auf den Gläubiger über. Hierzu Cosack II. 222. Zur Erkennbarkeit einer solchen Vereinbarung bedarf es ihrer Eintragung ins Grundbuch. Ein weiterer Fall des Entstehens einer Briefhypothek ohne das Durchgangsstadium der Eigentümerhypothek ist die Umwandlung einer Buchhypothek. Denn in diesem Fall war ja schon der Gläubiger Hypothekar durch die Eintragung als solche geworden. Enneccerus-Lehmann S. 149.

[61]) Dies setzt voraus, daß der Brief bereits gebildet ist oder nachträglich gebildet wird. OLG. Breslau, Seuff. A. 57, 132 ff., Biermann 309 A. 1a, Turnau-Förster 616 A. 3 a. E.

Der VII. Zivilsenat fordert[62]) selbst »in dem Falle einer in die Zukunft wirkenden Einwilligung zum entgiltigen Besitz einer Eigentumsübertragung hinsichtlich des Hypothekenbriefs eine äußerlich in Erscheinung tretende Ausführungshandlung die den Übertragungswillen erkennbar macht.« In einer anderen Entscheidung[63]) betont das Reichsgericht, daß diese Vereinbarung die Übergabe des Briefes nur dann ersetzt, wenn sie zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger getroffen ist. Die Bestimmungen über Verträge zu Gunsten Dritter können keine Anwendung finden auf die auf dem Gebiete des Sachenrechts liegende Vereinbarung, da der dingliche Vertrag nicht den Vorschriften über obligatorische Verträge unterliegt.[64])

Einseitige Ergreifung des Besitzes am Brief genügt nicht zum Erwerb des verbrieften Rechts. Der Besitz muß auf einer rechtswirksamen Übergabe[65]) beruhen, oder einem Rechtsakte, der ihr gleichsteht.[66])[67]) Ist

---

[62]) in der Entscheidung RGE. 73, 415.

[63]) RGE. 66, 97.

[64]) Des weiteren soll über die Vereinbarung des § 1117 bei der Abtretung der Briefhypothek unten S. 28 ff. gesprochen werden.

[65]) Unter Übergabe ist nicht nur ein körperliches Indiehandgeben zu verstehen, sondern auch jede andere Art der körperlichen Übergabe, z. B. eine solche durch Beauftragte etc. R. G. im Recht 1910, 85.

[66]) Nach Hallbauer S. 93 gehört zur rechtswirksamen Übergabe, daß der Gläubiger geschäftsfähig war, da die Übergabe ein Rechtsgeschäft sei.

[67]) Die Übergabe braucht nicht notwendig in der Weise zu erfolgen, daß sich der Schuldner den Brief zunächst selbst vom Grundbuchamte aushändigen läßt und alsdann weitergibt, sondern er kann auch das Grundbuchamt anweisen, den Brief direkt dem Gläubiger auszuhändigen. Aber auch in diesem Falle der einseitigen Anweisung tritt der Erwerb der Hypothek erst mit

der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei.[68])

Dieser spätere Erwerb des Gläubigerrechts (erst mit Übergabe des Briefes) wurde mit Rücksicht auf die für den Gläubiger nach § 891 BGB[69]) bestehende günstige Vermutung statuiert, da diese für die rechtliche Stellung des Eigentümers zu gefährlich erschien, wenn sie ohne Rücksicht auf die Aushändigung des Briefes eintreten würde.«[70])

Es fragt sich nunmehr, welche rechtliche Stellung dem Hypothekenbrief von der Zeit der Ausstellung bis zur Übergabe an den Gläubiger zukommt; niemals fällt ja die Eintragung im Grundbuch mit der Übergabe des Briefes zusammen, da der Brief erst nach der Eintragung gebildet wird. Der § 1163 BGB enthält dementsprechend die Bestimmung, daß die Hypothek bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zustehe.[71]) Berechtigt der Besitz des Briefes den Eigentümer nun, über seine Eigentümerhypothek rechtsgültig zu verfügen?

Der Eigentümer eines Grundstücks, dem eine Eigentümerhypothek zusteht, kann an und für sich über diese Hypothek verfügen. Es besteht somit zunächst

der Aushändigung des Briefes ein; hierin unterscheidet sie sich von der Vereinbarung gem. § 1117 BGB.; s. Entsch. KG. Bl. 14, 10.

[68]) § 1117 Abs. 3; Hachenburg, Vortr. S. 800.

[69]) »Ist im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.«

[70]) Dennler S. 154; Mot. III. S. 746, Prot. S. 644 ff. Rspr. d. OLG. Bd. II S. 276.

[71]) Eine Hypothek im richtigen Sinne ist diese Eigentümerhypothek des § 1163 Abs. 2 nicht. Sie ist vielmehr stets Grundschuld, denn in keinem Falle steht die Forderung dem Eigentümer zu. Predari S. 230; Fischer S. 254.

kein Zweifel, daß auch im vorliegenden Fall es dem Wesen der Eigentümerhypothek nicht widerspricht, wenn der Eigentümer über sie verfügt.[72]) Zweifel ergeben sich nur für den Brief. Daß der Eigentümer nicht durch Abtretung der Forderung und Übergabe des Briefes die Hypothek übertragen kann, geht schon daraus hervor, daß dann sowohl im Grundbuch wie im Hypothekenbrief ein anderer Gläubiger als der tatsächliche bezeichnet wäre.[73]) Es bleibt also dem Eigentümer nur ein Mittel übrig, nämlich sich als Berechtigten der Hypothek im Grundbuch eintragen zu lassen und dann über die Hypothek zu verfügen. Der Brief wird dabei vom Eigentümer als Legitimation dem Grundbuchamte vorzulegen sein. Erst wenn er durch die Berichtigung als Inhaber der Hypothek im Grundbuch vermerkt ist, hat er freie Dispositionsbefugnis über die Hypothek.

Der Antrag des Eigentümers und Vorlegung des Briefes zur Änderung der Eintragung genügt für die Berichtigung nicht, sondern es muß außerdem eine Erklärung des eingetragenen Gläubigers vorgelegt werden des Inhalts, daß ihm der Brief nicht ausgehändigt, und er nicht Gläubiger der hypothekarischen Forderung geworden sei. Einer Zustimmung des eingetragenen Gläubigers wird es wohl in keinem Falle bedürfen; denn die Eintragung betrifft nicht das Recht des Gläubigers; dies ist ja noch garnicht entstanden.

[72]) Wenn der eingetragene Gläubiger mangels Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht Gläubiger geworden ist, so kann der Eigentümer die Hypothek nur als Grundschuld oder nach Substituierung einer neuen Forderung abtreten. Dronke a. a. O. S. 958. Rspr. d. OLG. III. 362. v. Schwind S. 123.

[73]) Enneccerus-Lehmann S. 150.

Somit steht fest, daß der Besitz des Briefes allein den Eigentümer zu einer Verfügung über die ihm zustehende Hypothek nicht berechtigt.

Über die Frage, ob der Eigentümer dem eingetragenen Gläubiger gegenüber zur Verfügung über die Hypothek berechtigt ist, kann man verschiedener Ansicht sein. Zunächst steht fest, daß der Gläubiger einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Besitzes am Briefe hat. Überträgt der Eigentümer ihm diesen nicht, so ergeben sich die Rechte des Gläubigers aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis.[74]) Einen dinglichen Anspruch hat der Gläubiger in Ansehung des Grundstücks, selbst wenn das Darlehen, für das die Hypothek bestellt wurde, schon hingegeben ist, nicht.[75]) Dinglich berechtigt ist er ja erst mit Übergabe des Briefes.

Ausgehend von der Annahme, daß die Verfügungsmöglichkeit über die bestellte Hypothek seitens des Eigentümers dem Gläubiger unverdiente Nachteile bringen würde, hat Bendix[76])[77]) die Ansicht ausgesprochen, daß der Gläubiger bereits mit der Ein-

[74]) Die persönliche Verbindlichkeit, als welche sich die Verbindlichkeit zur Schaffung der Hypothek dem Gläubiger gegenüber charakterisiert, berührt das dingliche Recht nicht, und der Eigentümer macht sich, wenn er über die Grundschuld vertragswidrig verfügt, dem Gläubiger gegenüber verantwortlich RGE. 63, 14. Hiergegen wendet sich Bendix, siehe unten. Dem RG. schließt sich an Fuchs a. a. O. 67, 274.

[75]) Überträgt der Eigentümer dem Gläubiger den Besitz am Briefe trotz seiner Verpflichtung dazu nicht, so bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als auf Grund des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses Klage auf Herausgabe des Briefes zu erheben und das Urteil im Wege der Zwangsvollstreckung zu realisieren.

[76]) S. 535 a. a. O.

[77]) ebenso Hirsch a. a. O., S. 250.

tragung im Grundbuche eine Berechtigung an der Hypothek habe. Er betrachtet die Übergabe des Briefes als eine Bedingung des zukünftigen Rechtes[78]) und führt aus, daß wenn auch die Entstehung des hypothekarischen Gläubigerrechts noch in suspenso, doch immerhin das dingliche Rechtsgeschäft, die Bestellung der Hypothek, die Einigung und Eintragung und damit die Anwartschaft auf das Zustandekommen des erstrebten Erfolgs bereits vorhanden sei. Schon vor Eintritt der Bedingung sei also der Gläubiger berechtigt, nur habe sein Gläubigerrecht nicht den Inhalt, die Wirkung des unbedingt gewordenen Rechts. Es stände somit der Anwendung der Vorschriften über die Bedingungen §§ 158 ff. BGB. nichts entgegen. Verfügt der Eigentümer nunmehr entgegen seiner Obligation, wider Treu und Glauben über die Hypothek, so gelte nach § 162 BGB die Bedingung als eingetreten, die Übergabe also als erfolgt. Damit habe der Gläubiger das dingliche Recht erworben und die Verfügung sei gemäß § 161 BGB unwirksam. Der Eigentümer könne daher über seine Eigentümerbriefhypothek (Grundschuld) nur unbeschadet des Rechts des eingetragenen Gläubigers verfügen.[79])

Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß die §§ 158 ff. nur für rechtsgeschäftliche[80]) Bedingungen gelten, hier aber eine gesetzliche Bedingung vorliegt; ferner aber,

[78]) Eine bedingte Hypothek gibt es nicht in dem Sinne, daß der dingliche Bestandteil in sich bedingt wäre, sondern nur in dem Sinne, daß der rechtsgeschäftliche Erwerb des dinglichen Rechtes aufschiebend oder auflösend bedingt ist. du Chesne S. 403, auch nach Siber S. 131 ist die Hypothekbestellung nicht bedingungsfeindlich.

[79]) Hirsch a. a. O. S. 250.

[80]) so Huth, Z. f. Rpfl. in Bayern, 07 S. 274.

daß der § 1117 die die Übergabe des Briefes ersetzenden Formen erschöpfend behandelt und die Fiktion der Übergabe des Briefes nicht zuläßt. Vor allem aber will das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1117 einen Zeitpunkt[81]) für die Entstehung des Gläubigerrechts festsetzen, der durch die Übergabe oder deren Ersatz bedingt und dem Eigentümer in die Hand gegeben ist. Somit rechtfertigt selbst der Vertragsbruch des Eigentümers dem Erwerber gegenüber keinen Einwand.[82])

2. Der Brief bei Begebung der Hypothek.

a) bei der Abtretung.

Eine weitere Funktion erfüllt der Hypothekenbrief bei der Abtretung der Hypothek. Diese kann sich auf drei verschiedene Weisen vollziehen:

1. Zur Abtretung ist Erteilung einer schriftlichen Abtretungserklärung und die Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich.

2. Anstelle der einfachen schriftlichen Abtretungserklärung kann vom Zessionar eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung verlangt werden; auch hier tritt als zweites Erfordernis Übergabe des Briefes hinzu.

3. Es wird die Hypothek abgetreten durch Eintragung der Abtretung ins Grundbuch und wiederum Übergabe des Hypothekenbriefs.[83])

[81]) Resolutiv-Bedingung auch nach Planck zu A 4 b zu § 1176.
[82]) RG. 63, 14.
[83]) s. Staudinger zu § 1154 Anm. A.

Die ersten beiden Arten der Abtretung einer Briefhypothek verdienen besondere Beachtung; während sonst jegliche Änderung eines dinglichen Rechts an Grundstücken der Eintragung als Bedingung der Rechtsgültigkeit bedarf, vollzieht sich in den genannten Fällen die Abtretung der Briefhypothek ohne Mitwirkung der Grundbuchbehörde.[84]) An die Stelle der Eintragung bei der Buchhypothek tritt für die Briefhypothek die Erteilung der Abtretungserklärung[85]) und Briefübergabe. Damit ist das Prinzip des Erfordernisses der Eintragung im Grundbuch, von dem das ganze Immobilienrecht getragen ist, durchbrochen. Dem Hypothekenbrief ist dadurch eine eminent wichtige Funktion, nämlich der Ersatz der Eintragung im Grundbuch, übertragen worden; hierauf wird ausführlich später einzugehen sein.[86]) An dieser Stelle ist zunächst unter besonderer Betonung festzustellen, daß zur dinglichen Wirksamkeit der Abtretung einer Briefhypothek wiederum die Über-

[84]) Der Unterschied zwischen den §§ 1154, 1155 BGB. ist folgender: § 1154 regelt die für die Übertragung der Hypothek erforderliche aber auch ausreichende Form; § 1155 dagegen gewährt im Falle der öffentlichen Beglaubigung dem noch nicht eingetragenen Zessionar dieselben Rechte, als wenn er schon eingetragen wäre, beschäftigt sich also nur mit dem Publizitätsprinzip. cf. OLG. Hamburg, HGZ. 1910 Beil. 35. Über letzteres ist weiter unten zu sprechen.

[85]) Es heisst im § 1154 BGB.: »Zur Abtretung der Forderung ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Briefes erforderlich«. Unter der Erteilung der Abtretungserklärung wird nicht die Einhändigung, die Übergabe zu verstehen sein, (dies nimmt OLG. Hamburg in Rspr. d. OLG. 18 S. 174 an) sondern es genügt bereits, wenn der Zedent sich der Abtretungserklärung in der Weise entäußert hat, daß er dem Zessionar die Verfügung darüber einräumt. So RG. in Gruchot Beitr. 51, 181 und in JW. 06, 558.

[86]) s. unten S. 46 ff.

gabe des Hypothekenbriefs erforderlich ist. Das gleiche gilt für Teilabtretungen[87]) einer Briefhypothek.[88])

Mit Recht hebt Dennler[89]) die im Systeme hervorstechende Art der Abtretung der Briefhypothek hervor, indem er sagt: »Bei der Abtretung der Hypothek kommt die Bedeutung des Hypothekenbriefs zu ihrem prägnantesten Ausdruck. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat hier nämlich nicht die allgemeinen Vorschriften über Abtretung von Rechten an Grundstücken, nämlich Eintragung in das Grundbuch, als Norm aufgestellt,[90]) sondern das Institut des Hypothekenbriefs dazu benutzt, die Abtretung der Forderung zu vermitteln.«[91]) Für den dritten Fall ist zu bemerken, daß die Eintragung[92]) der Abtretungserklärung im Grundbuch hauptsächlich die Bedeutung hat, etwaige Mängel in der Form der Abtretungserklärung zu heilen.[93])

Wie bei der Entstehung der Briefhypothek, kann auch bei der Abtretung die Übergabe des Briefes in der oben geschilderten Weise ersetzt werden. Auch bei der Abtretung erwirbt der Gläubiger das hypothe-

[87]) Wird ein Teil einer Briefhypothek abgetreten, so bedarf es nicht vorheriger Herstellung und Übergabe eines Teilhypothekenbriefs, vielmehr genügt die Übergabe des Stammbriefs, da hierdurch dem Erwerber der Mitbesitz am Briefe gewährt wird. Rspr. d. OLG. 9. 314.

[88]) Der Teilhypothekenbrief, der sich von dem gewöhnlichen Hypothekenbrief eigentlich nur in formell-rechtlicher Beziehung unterscheidet, soll im Rahmen dieser Darstellung nicht weiter berücksichtigtwerden, da in materiell-rechtlicher Beziehung das über den einfachen Hypothekenbrief Gesagte auf ihn Anwendung findet.

[89]) a. a. O. S. 155.

[90]) Abgesehen von Fall 3.

[91]) ebenso: Fischer S. 262.

[92]) Hierzu gehört natürlich Eintragungsbewilligung und Vorlegung des Briefes §§ 29, 42, 62 Gr. B. O.

[93]) Dennler S. 155

karische Recht erst mit Einhändigung des Briefes. — Es verdient jedoch auch hier besondere Berücksichtigung, daß die Übergabe des Hypothekenbriefs allein niemals den Übergang des Rechtes aus der Hypothek nach sich zieht. Über die rechtliche Bedeutung eines solchen Vorganges wird unten zu sprechen sein.[94])

Hinsichtlich des Ersatzes der Übergabe des Hypothekenbriefs bei der Abtretung der Hypothek ist einmal zu bemerken, daß sie hier auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden kann und der Fall wird nicht ungewöhnlich sein, daß der alte Hypothekengläubiger sich momentan nicht im Besitze des Briefes befindet. Die Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs wird jedoch der Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht gleichstehen, wenn sie zur Einziehung erfolgt; denn hierdurch wird der Gläubiger zwar berechtigt zur Geltendmachung des überwiesenen Anspruchs, nicht aber wird dadurch das Gläubigerrecht auf ihn selbst übertragen.[95]) Besonders ist dabei noch zu erwähnen, daß sich die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 1117 nur auf einen Anspruch bezieht, nach welchem der Zedent berechtigt ist, sich die Verfügungsgewalt über den Brief zu verschaffen, nicht auf den Anspruch auf Vorlage des Briefes an die zuständige Behörde etc.[96])

Aber nicht nur wird anzunehmen sein, daß die Übergabe des Briefes im Falle des § 1154 durch die

[94]) s. hierfür Staudinger S. 767 b; Oberneck R. Gr. B. Recht S. 580 s. u. S. 61 f.

[95]) RGE. 63, 214, OLG. Königsberg in Pos. M. Schr. 05. 150.

[96]) RG. im Recht 08, 468 Z. 2671; ebenso RGE. 69, 38; Turnau-Förster, Bem. II b zu § 1154 BGB. RG. im Recht 07, 917. Z. 2517.

Bestimmungen des § 929 ersetzt werden kann, vielmehr ist anerkanntermaßen[97]) hier auch die entsprechende Anwendung des § 1117 Abs. 2 BGB möglich. Dazu ist jedoch im einzelnen noch folgendes zu bemerken: Im Falle einer Vereinbarung gemäß § 1117 BGB Abs. 2 muß der Brief in den Besitz des Grundbuchamts gelangt sein. »Denn nur bei dieser Auslegung kann das Gesetz seinen Zweck erfüllen, zu verhüten, daß aus dem Verbleib des Briefes in den Händen des Zedenten Schwierigkeiten entstehen, da dieser durch den Besitz des Briefes in Verbindung mit dem Inhalte des Grundbuchs zu anderweitiger Verfügung über die Hypothek legitimiert bleibt und dadurch die Sicherheit des Immobiliarkredits wesentlich gefährdet wird.«[98]) Nicht erforderlich zum Übergang der Hypothek ist im Falle einer solchen Vereinbarung, daß die tatsächliche Aushändigung des Briefes hinzukommt. Der Sinn dieser Vereinbarung ist vielmehr so aufzufassen, daß, damit der Übergang der Hypothek nicht durch Schwierigkeiten in der Aushändigung unnötig verzögert werden solle, der mittelbare Besitz am Briefe bereits genügt; dazu ist aber selbstverständlich erforderlich, daß das Grundbuchamt sich im unmittelbaren Besitz befindet.[99])

Mit dem Erwerbe des hypothekarischen Rechtes beginnt für den Gläubiger im Falle des § 1155 BGB der Schutz des § 892 BGB[100]); er ist somit als gut-

[97]) Rspr. d. OLG. 18. 175.

[98]) RG. 64, 313; 65, 63; 66, 210; 69, 41.

[99]) RG. 64, 312.

[100]) »Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des

gläubiger Zessionar gegen die Einreden des Eigentümers gegen den Zedenten geschützt. Er erwirbt Hypothek und Forderung, wie sie im Grundbuch eingetragen sind und ist zur Geltendmachung beider berechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung wirklich entstanden ist.

Die Schriftlichkeit bezw. öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung ist jedoch nicht nur zur Wirksamkeit Dritten gegenüber, sondern auch im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander erforderlich. Eine formlose Abtretungserklärung kann aber die Wirkung eines pactum de cedendo[101]) haben und im Falle der Entgeltlichkeit als solches wirksam sein;[102]) anders im Falle einer Schenkung; hier würde die Beobachtung der Form des § 518 BGB (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) erforderlich sein. Fischer[103]) behauptet jedoch, daß der Zessionsvertrag, der zwischen den Parteien geschlossen wird, formlos sein könne. Nur damit dieser Vertrag nach außen rechtsgültig in Wirksamkeit trete, sei im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, daß noch die beiden besonderen vom Gesetz aufgestellten Bedingungen (Schriftlichkeit und Übergabe des Briefes) erfüllt würden.

Dieser Ansicht ist mit Jacobi[104]) entgegenzutreten. Denn der Zessionsvertrag gibt nicht einen Anspruch auf Erfüllung der beiden andern Erfordernisse — wie

Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist".

[101]) RG. im Recht 1908 Nr. 3135.

[102]) Staudinger zu § 1154 B 4 c.

[103]) a. a. O. S. 262.

[104]) a. a. O. S. 324. A. 4.

Fischer behauptet —, die Zession ist nur Mittel zur Übertragung, die Verfügung über die Forderung selbst; den genannten Anspruch gibt nur das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis. So kommen wir zu dem Resultat, daß das pactum de cedendo, der obligatorische Vertrag, zwar formlos mit bindender Wirkung zwischen den Parteien geschlossen werden kann, der (dingliche) Zessionsvertrag selber aber, der die Verfügung über die Forderung, die Abtretung enthält, bedarf der gesetzlichen Form.[105])

Für die Abtretung der Hypothek sind die schriftliche Abtretungserklärung[106]) bezw. Eintragung und die Übergabe des Briefes gleichwertige Voraussetzungen. Findet die Übergabe vor der Erteilung der Abtretungserklärung statt, so ist trotzdem der Zessionar noch nicht Gläubiger des hypothekarischen Rechts geworden. Tatsächlich wichtiger erscheint die Übergabe des Briefes, da der Gläubiger ohne diesen nicht über die Hypothek verfügen kann.[107]) Weigert sich der Zedent, das eine oder andere Erfordernis der Abtretung vorzunehmen, so kann jedes von beiden auf dem Wege der Klage erzwungen werden.[108])

b) bei der Verpfändung.

Mit der Abtretung der Hypothek steht in enger Beziehung ihre Verpfändung. Es ergibt sich aus

[105]) s. a. RG. 54, 147; Recht 09 Nr. 2001.

[106]) Die schriftl. Abtretungserklärung wird ersetzt durch den Zuschlag gem. § 844 ZPO. Erhält der Ersteher dann noch die Hypothekenbriefe, so ist der Übergang der Hypothek vollzogen. KGJ. 31, 316.

[107]) Fischer S. 269.

[108]) s. o. S. 23.

§ 1274 BGB, daß die Verpfändung eines Rechtes sich nach den Vorschriften der Übertragung richtet. Für die Verpfändung einer Briefhypothek ist somit die schriftliche oder öffentlich beglaubigte Verpfändungserklärung und Übergabe des Briefes erforderlich. Die dritte Möglichkeit ist Eintragung der Verpfändung im Grundbuch und Übergabe des Briefes. Somit ist auch bei der Verpfändung die Übergabe des Briefes unbedingtes Erfordernis der Wirksamkeit. Im übrigen gelten für die Verpfändung, besonders für den Zeitpunkt des Entstehens des Pfandrechts, dieselben Betrachtungen, die bei der Abtretung der Hypothek angestellt wurden.

Die Übergabe des Briefes betreffend ist für die Verpfändung hervorzuheben, daß ein bloßes constitutum possessorium nicht genügt. Denn da der § 1274 BGB betreffs Übergabe des Briefes auf die §§ 1205, 1206 verweist, so finden diese besonderen Vorschriften, nicht die allgemeinen über Erlangung des Besitzes (§§ 929 bis 930) Anwendung. Die Übergabe kann stattfinden, als körperliche Besitzanweisung, als brevi manu traditio, und die Übergabe des im mittelbaren Besitze des Gläubigers befindlichen Hypothekenbriefs kann dadurch ersetzt werden, daß der Hypothekengläubiger auf den Pfandgläubiger den mittelbaren Besitz überträgt und die Verpfändung des Besitzes anzeigt. Auch die Einräumung des Mitbesitzes ersetzt die Übergabe, wenn sich der Hypothekenbrief unter dem Mitverschluß des Pfandgläubigers befindet, oder falls er im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Hypothekengläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.[109])

[109]) §§ 1205, 1206 BGB.

Der gutgläubige Pfandgläubiger wird gemäß § 892 BGB geschützt;[110]) er hat also dieselbe rechtlich gesicherte Stellung wie der Zessionar. Er kann sowohl Forderung wie Hypothek geltend machen, ohne Rücksicht auf die Einreden, die der Eigentümer etwa gegen den Verpfänder hätte.

Die Verpfändung des Hypothekenbriefs allein ergreift nicht nur nicht die Hypothekenforderung, sondern sie hat überhaupt keine Pfandwirkung, auch nicht hinsichtlich des Hypothekenbriefs, denn dieser kann infolge seiner Abhängigkeit von der Hypothek nicht selbstständig verpfändet werden.[111])

3. Praktischer Wert beider Funktionen.

Aus den bisher aufgeführten Funktionen läßt sich bereits eine praktische Bedeutung des Hypothekenbriefs erkennen. Vergleicht man beispielsweise die Entstehung und Weiterbegebung der Briefhypothek mit der der Buchhypothek, so zeigt sich, daß bei der Buchhypothek, welche allein durch die Eintragung entsteht, entweder der Eigentümer oder der Gläubiger vorleisten muß.[112]) Denn entweder zahlt z. B. bei der Hypothek für ein Darlehen der Gläubiger zunächst die Darlehenssumme,

[110]) Fischer S. 288.

[111]) RG. in Z. Bl. fr. G. 5, 354 f.; Prot. III S. 645. Unter der Herrschaft des preußischen Rechtes wurde freilich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Möglichkeit eines dinglichen Retentionsrechtes an dem Hypothekenbrief angenommen, aber das Bürgerliche Gesetzbuch kennt kein dingliches Retentionsrecht.

[112]) RG. 20, 133; 29, 311; 51, 86.

[113]) Hachenburg, Vortr. S. 582.

oder der Eigentümer, und dies wird das übliche sein,[113]) leistet vor, indem er die Eintragung beantragt.

Anders bei der Briefhypothek. Durch den Brief wird die Vorleistung und damit die eventuelle Gefahr der Kreditgewährung beseitigt; denn er ermöglicht den Austausch von Hypothek und Geld Zug um Zug.[114]) Da der eingetragene Gläubiger die Hypothek erst mit Übergabe des Briefes erwirbt und vor der Besitzerlangung des Briefes über die Hypothek zu verfügen nicht imstande ist, wird ihm der Grundstückseigentümer den Brief nicht eher ausfolgen, als bis er die Geldsumme zahlt, und auf der andern Seite wird der Gläubiger das Darlehen nicht hingeben, wenn ihm nicht der Eigentümer gleichzeitig die Hypothek durch Übergabe der Briefes überträgt.[115])

Die so gefundene praktische Verwertung des Hypothekenbriefs bei der Entstehung des Gläubigerrechts entspricht dem oben geschilderten Ziel des Gesetzgebers bei der Regelung der Briefhypothek, nämlich der leichten Verkehrsfähigkeit ohne Gefahren für die beteiligten Personen.

Die gleiche praktische Bedeutung kommt dem Hypothekenbrief bei der Weiterbegebung der Hypothek zu. Auch hier wird eine gegenseitige Leistung Zug um Zug durch die Vorschrift des § 1154 ermöglicht. Der Zedent folgt den Brief nur gegen Zahlung der Valuta aus und der Zessionar zahlt nur gegen Aushändigung des Briefs.

[113]) Hierfür steht dem Eigentümer der Schutz des § 1139 zur Seite, ohne den die Kreditgewährung für ihn zu gefährlich wäre.

[114]) Mittelstein S. 88.

[115]) Matthiass S. 508.

An den Besitz des Hypothekenbriefes hat das Gesetz, wie gezeigt, materielle Wirkungen für das hypothekarische Recht geknüpft. Es wäre nun beschwerlich, wenn der Besitzer bei jeder Geltendmachung seiner Rechte beweisen sollte, daß er rechtmäßiger Besitzer des Briefes ist, das heißt, daß die Übergabe im Sinne § 1117 BGB stattgefunden hat. Um dies zu vermeiden, hat das Gesetz die Vermutung des § 1117 Abs. 3 aufgestellt. Diese Vorschrift besagt, daß die Übergabe des Briefes als erfolgt anzusehen sei, wenn sich der Gläubiger und für den Fall der Zession der neue Gläubiger im Besitze des Briefes befindet. Sollte also der Brief auf widerrechtliche Weise in die Hände des Gläubigers gekommen sein, etwa durch verbotene Eigenmacht, so hat zwar der Eigentümer das Recht, die Herausgabe des Briefes zu verlangen, aber es liegt ihm ob, den Beweis der Widerrechtlichkeit der Besitzerlangung seitens des Gläubigers zu führen.[116])

4. Der Brief bei Geltendmachung der Hypothek.

Auch für die Geltendmachung der Hypothek ist der Hypothekenbrief von materieller Bedeutung.

Wenn der Gläubiger die ihm zustehenden Rechte aus der Hypothek geltend machen will, so entspricht es der Billigkeit, wenn er sich zunächst als Hypothekengläubiger legitimiert. Bei der Buchhypothek ist der Beweis durch die Eintragung im Grundbuch geführt. Bei der Briefhypothek ist dieser Beweis in den meisten Fällen nicht möglich. Da die Übertragung des Gläubigerrechtes nicht unbedingt an das Grundbuch gebunden

[116]) Fischer S. 257.

ist, so wird in der Mehrzahl der Fälle im Grundbuche ein anderer Gläubiger als der tatsächliche eingetragen sein. Um sich also zu legitimieren, wird der Gläubiger angehalten, bei Geltendmachung der Hypothek den Brief vorzulegen. Dies wird jedoch in den meisten Fällen auch nichts nützen, da der Brief auf den ersten im Grundbuch eingetragenen Gläubiger lautet. Für die Fälle also, wo der geltendmachende Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen ist, ist er verpflichtet, auf Verlangen des Eigentümers außer dem Brief die Urkunden vorzulegen, welche seinen rechtmäßigen Besitz am Briefe dartun, und das sind die öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, die in ununterbrochener Reihe auf den im Grundbuch eingetragenen, im Hypothekenbrief verzeichneten Gläubiger zurückführen müssen.[117])

Es ist daher nicht nur der Besitz des Hypothekenbriefs für die Geltendmachung von größter Wichtigkeit, sondern rechtmäßiger Besitz. Dies Erfordernis des rechtmäßigen Besitzes zur Geltendmachung der Hypothek ist im Interesse des Eigentümers aufgestellt worden, damit er vor der Gefahr, einen falschen Gläubiger zu leisten, geschützt würde. Das Gesetz geht aber in dieser Schutzbestimmung nur soweit, daß die Leichtigkeit des Verkehrs nicht darunter leidet.[118]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat deshalb sich damit begnügt, dem Eigentümer ein Recht zu geben, der Geltendmachung zu widersprechen bis zur Legitimation des

[117]) § 1154 BGB.

[118]) Wäre nämlich bei der Geltendmachung sämtlicher Zinsforderungen die Legitimation des Gläubigers durch die genannten Urkunden unbedingtes Erfordernis, so würde diese Bestimmung eine nicht unerhebliche Hinderung des Verkehrs bedeuten und eine unnütze Erschwerung für den Gläubiger sein.

Gläubigers. Für einzelne besondere Fälle der Geltendmachung[119]) hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Schutz des Eigentümers noch beschränkt: So bestimmt § 1160 Abs. 2, daß eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung unwirksam ist, wenn der Gläubiger die genannten Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Als wichtiges Merkmal der Bedeutung des Hypothekenbriefes ist also bei der Geltendmachung hervorzuheben, daß der Gläubiger zwar nicht immer, jedenfalls aber auf das Verlangen des Grundstückseigentümers hin sich durch Vorlage des Briefes legitimieren muß, eventl. sogar als rechtsmäßiger Briefbesitzer durch Vorlage der Abtretungserklärungen. Diese Funktion des Briefes ist eine Folge davon, daß die Abtretung der Hypothek auch ohne Eintragung im Grundbuch erfolgen kann. Fehlt hier also auf der einen Seite die Zuverlässigkeit des Grundbuchs, so bietet die Verpflichtung des Gläubigers, sich zu legitimieren, wiederum einen ausreichenden Schutz des Grundstückseigentümers.

Ein unbedingtes gesetzliches Erfordernis für die Geltendmachung der Hypothek statuiert § 1160 nicht. Es handelt sich lediglich um eine Einrede.[120]) Die

[119]) Trotz des dafür sprechenden Wortlauts des § 1160 wäre es verkehrt, wollte man die Kündigung und Mahnung als eine der Geltendmachung gegenüberstehende Rechtshandlung auffassen. Vielmehr ist die Kündigung und Mahnung selbst eine Geltendmachung des Rechts, nur in beschränkterem Umfange. Respatt JW. 1908 S. 698.

[120]) Die Einrede des § 1160 ist eine dilatorische. Die Aktivlegitimation des Klägers wird nicht bestritten und Verurteilung Zug um Zug ist auch nicht möglich. Wird bei der Klage auf Verlangen des Eigentümers der Brief nicht vorgelegt, so erfolgt

Vorlegung des Briefes (und das ist wichtig für den Prozeß) bildet keine wesentliche Voraussetzung für die hypothekarische Klage. »Es handelt sich hierbei also um ein privatrechtliches Vorlegungsrecht, das lediglich als Verteidigungsmittel, als Gegenrecht gegenüber dem Rechte des Gläubigers, nicht als selbständiger Anspruch gewährt ist.«[121])

Aus Gesagtem geht hervor, daß der Brief bei der Geltendmachung der Hypothek in erster Linie die Funktion eines Legitimationspapieres erfüllt.

Die Hypothek wird stets dem Eigentümer des Grundstücks gegenüber geltend gemacht. Fällt nun der Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner in der Person zusammen, so gelten die obigen Vorschriften auch für die Geltendmachung der Forderung. Ist aber die Person des Eigentümers von der des persönlichen Schuldners verschieden, so finden für die Geltendmachung der Forderung dem Schuldner gegenüber die genannten Vorschriften mit Ausnahme des Falles des § 1167 BGB[122]) keine Anwendung.[123]) Einer Vorlegung des Briefes bedarf es also in diesem Falle nicht, was umso erklärlicher ist, als der Brief ja den Gläubiger des hypothekarischen Rechtes legitimieren soll, und wenn

---

wegen der dilatorischen Einrede schließlich Abweisung der Klage. RGE. 55, 224; cf. Planck A. 5 zu § 1160 BGB.; ferner OLG. Kiel in Schl.-Holst. Anz. 1910 S. 365. Es genügt jedoch einmalige Vorlegung des Briefs, fortdauernder Besitz ist nicht erforderlich.

[121]) Predari S. 241.

[122]) »Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges Interesse an der Berichtigung des Grundbuches, so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte zu«.

[123]) arg. e. contr. aus § 1161; s. Fischer S. 296.

auch die Forderung mit der Hypothek eng verknüpft ist, so hat doch der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner mit der Hypothek selbst nichts zu tun.

Die Ausnahme des § 1167 ist folgende: Es steht in diesem Fall, daß nämlich der Schuldner bei Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwirbt,[124]) oder falls er sonst ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat, dem Schuldner das Recht zu, die Herausgabe des Hypothekenbriefs oder der sonstigen Urkunden, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind, zu fordern,[125]) oder er kann bei Teilbefriedigung einen Vermerk derselben auf den Brief setzen und einen Teilhypothekenbrief bilden lassen bezw. teilweise Löschung[126]) im Grundbuch verlangen.

Diese Vorschrift gegenüber der Regel, daß dem persönlichen Schuldner der Brief nicht vorzulegen ist, erklärt sich ohne weiteres daraus, daß in diesem Falle der persönliche Schuldner die Hypothek erwirbt und er als Hypothekengläubiger natürlich des Hypothekenbriefs bezw. eines Eintrages im Grundbuche sein Recht betreffend bedarf.

5. Der Brief bei Beendigung des dinglichen Rechtsverhältnisses.

Zu den drei bereits behandelten Schicksalen der Hypothek: Entstehung, Weiterbegebung (Abtretung, Ver-

[124]) Dieses findet im Fall des § 1164 BGB. statt.
[125]) § 1144 BGB.
[126]) § 1145 BGB.

pfändung), Geltendmachung tritt als letztes der Untergang des dinglichen Rechtsverhältnisses. Auch für diesen ist der Brief von materieller Bedeutung.

Nehmen wir zunächst den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer des Grundstücks. Befriedigt der Grundstückseigentümer den Gläubiger, so geht kraft Gesetzes[127]) die Hypothek auf ihn über. Der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer ist in diesem Fall nicht auf den Zeitpunkt der Übergabe des Briefes gestellt, wie dies bei der Übertragung der Hypothek geschah, sondern er ist unmittelbar an die Befriedigung des Gläubigers geknüpft. Hier findet also ein Übergang der Hypothek unabhängig von dem Besitze des Briefes statt; trotzdem kann auch hierbei der Brief eine Rolle[128]) spielen. § 1144 bestimmt nämlich, daß der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der übrigen für die Grundbuchberichtigung bezw. Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden verlangen kann. Dies ist umso erklärlicher, als der Eigentümer, selbst wenn kraft Gesetzes die Hypothek auf ihn übergegangen ist, ohne den Hypothekenbrief und die ihn ergänzenden Urkunden nicht imstande wäre, die Hypothek weiter zu zedieren oder im Grundbuch eine Eintragung zu verlangen. Da somit der Eigentümer stets nur gegen Übergabe des Briefes den Gläubiger auszahlen wird, so ergibt sich die materielle Bedeutung des Hypothekenbriefs auch für die Befriedigung des Gläubigers.

---

[127]) § 1163 Satz 2 BGB.
[128]) Dennler S. 158.

Weigert sich der Gläubiger, diese Verpflichtung zu erfüllen, so steht dem Eigentümer nach § 273 BGB[129]) ein Zurückbehaltungsrecht zu. Auf diese Weise ist wiederum eine Leistung Zug um Zug ermöglicht.

Für das Wesen des Hypothekenbriefes bedarf dieser Übergang der Hypothek auf den Grundstückseigentümer noch besonderer Beachtung. Je nachdem nämlich der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht, verwandelt sich die Hypothek mit dem Übergange in eine Grundschuld oder bleibt eine Hypothek (»forderungsbekleidete Eigentumshypothek«), die allerdings im wesentlichen nach Grundschuldrecht behandelt wird. Überträgt nun der Eigentümer die auf ihn übergegangene Hypothek, so erwirbt im ersten der beiden Fälle der Gläubiger eine Grundschuld; der Hypothekenbrief hat sich somit von selbst in einen Grundschuldbrief verwandelt. Stellen die Parteien keinen Antrag auf Erteilung eines neuen Briefes, so wird die Rechtsänderung lediglich auf dem Briefe vermerkt.[130]) Im zweiten Fall der Übertragung besteht für den Erwerber wieder eine richtige Hypothek, und der Umstand, daß seit ihrem Entstehen die Hypothek wieder auf den Eigentümer übergegangen war, schadet für die Legitimation des Gläubigers nichts.

Nicht anders als bei der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer ist die Rechtslage in dem Falle, daß der vom Eigentümer verschiedene persönliche

[129]) »Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird«.

[130]) Gr. B. O. § 65; Fischer S. 312.

Schuldner den Gläubiger befriedigt. Hier geht die Forderung unter, und die Hypothek auf den Gläubiger über. Die einzige Ausnahme ist der bereits oben erwähnte Fall des § 1167. Danach erwirbt der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner im Fall eines Regressanspruchs gegen den Eigentümer die Hypothek und mit ihr die Rechte betreffend Herausgabe des Briefes.

Im Falle des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek geht diese wiederum kraft Gesetzes[131]) auf den Eigentümer über. Wem der Brief in diesem Fall ausgehändigt werden soll, steht mangels positiver Bestimmung dahin. Man wird aber mit Recht annehmen, daß der Eigentümer zwecks Berichtigung des Grundbuchs die Herausgabe des Briefes wird verlangen können.[132]) Denn § 42 Gr. B. O. bestimmt, daß im Falle einer Eintragung der Brief vorzulegen ist; zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf er also des Briefes.

Es bleiben nun noch die Fälle des Unterganges der Hypothek, der Löschung im Grundbuche übrig. Auch für die Löschung[133]) muß der Hypothekenbrief nach § 42 Gr. B. O. vorgelegt werden.[134])[135]) Mit Untergang

---

[131]) § 1168 BGB.

[132]) §§ 894 und 896.

[133]) Außer der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek kommen für die Löschung noch die Fälle in Betracht, in denen eine Berichtigung des Grundbuchs erfolgen könnte, wie Konsolidation, die Fälle der Eigentümerhypothek, Nichtexistenz oder Erlöschen der Forderung.

[134]) Eine Ausnahme bilden die bei der Zwangsversteigerung erlöschenden, nicht mit ausgebotenen Hypotheken. Hier geschieht die Löschung von Amtswegen Zw. V. G. § 131. Eine Ausnahme enthält ferner § 54 Abs. 2 Gr. B. O.

[135]) Beantragt der Eigentümer Löschung der Hypothek, so muß er noch eine Quittung bezw. Löschungsbewilligung des letzten Gläubigers vorlegen.

der Hypothek verliert auch der Hypothekenbrief seine Existenz; er ist daher, um etwaigen Mißbräuchen vorzubeugen, unbrauchbar zu machen.[136]) Hiermit ist die materielle Bedeutung des Hypothekenbriefes auch für die Beendigung des Rechtsverhältnisses nachgewiesen.

III. Das Verhältnis des Hypothekenbriefs zu den übrigen Faktoren des Hypothekenrechtes.

Bis hierher wurden die Funktionen des Hypothekenbriefs im materiellen Hypothekenrecht, soweit sie für die Abgrenzung und Auffindung der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefs erforderlich waren, geschildert. Um auf Grund dieser die rechtliche Stellung des Hypothekenbriefs im System zu beweisen, sollen folgende drei Fragen geprüft werden:

Wie verhält sich der Hypothekenbrief rechtlich
erstens zur Forderung,
zweitens zum Grundbuche,
drittens zum hypothekarischen Recht?

1. Das Verhältnis des Briefs zur Forderung.

Was zunächst das Verhältnis des Hypothekenbriefs zur Forderung anbetrifft, so ist klar, daß die Forderung an und für sich mit dem Hypothekenbrief nichts zu tun hat, denn dieser enthält nur einen Bezug auf die dingliche Belastung, die zur Sicherheit der Forderung bestellt ist. In der Natur der Hypothek aber, als der

[136]) § 69 Gr. B. O.

Verpfändung eines Grundstücks zur Sicherstellung einer persönlichen Forderung, in diesem Zusammenhang zwischen Hypothek und Forderung liegt auch die rechtliche Beziehung zwischen Forderung und Brief. Der akzessorischen Natur der Hypothek folgend, bestimmt der § 1153 BGB, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann. So bedarf es zur Übertragung der Forderung genau derselben gesetzlichen Voraussetzungen wie zur Übertragung der Hypothek. Der Hypothekenbrief oder seine Übergabe vermittelt somit auch den Übergang der Forderung.

Soweit ferner die Forderung dem Grundstückseigentümer gegenüber geltend gemacht wird, dient auch der Hypothekenbrief zum Beweise des rechtlichen Bestandes der Forderung (§ 892 BGB) und als Legitimation des berechtigten Gläubigers dem Eigentümer gegenüber.

Eine direkte Abhängigkeit zwischen Brief und Forderung besteht jedoch nicht, dies geht daraus hervor, daß der Hypothekenbrief nicht an Bedeutung verliert, wenn die Forderung untergeht; vielmehr bleiben in diesem Falle Hypothek und Brief bestehen. Aber auch im entgegengesetzten Fall, wenn z. B. durch Aufgebotsverfahren der Brief für kraftlos erklärt ist, wird das Bestehen der Forderung nicht berührt. Der Brief hat mit der Forderung als Voraussetzung der Hypothek nichts zu tun. Er kann daher bei der Grundschuld in gleicher Weise, wie bei der Hypothek vorhanden sein oder fehlen.[137]) Der Zusammenhang zwischen beiden geht also, wie am besten der § 1153 Abs. 2 BGB zeigt, über die Hypothek. Wo Forderung und Hypothek

[137]) Predari S. 227; Hachenburg Vortr. S. 580 ff.

zusammenhängen, da treten auch Forderung und Brief in rechtliche Beziehung. Deshalb kann man über das Verhältnis von Forderung zu Brief mit Fischer[138]) richtig sagen, daß nach der Gläubigerseite hin — hier sucht das Bürgerliche Gesetzbuch die strengste Verbindung zwischen Forderung und Hypothek mit Brief herzustellen,[139]) — »so lange die Forderung besteht, Forderung, Hypothek und Brief unzertrennlich miteinander verbunden sind.[140]) Ist die Forderung aber erloschen, so bleibt wenigstens das Verhältnis zwischen Hypothek und Brief noch bestehen. Als der äußere Träger dieser Verbindung erscheint der Hypothekenbrief.«

Dem materiellen Hypothekenrechte entsprechend hat § 830 CPO bestimmt, daß zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich[141]) sei. Handelt es sich hier auch um eine Verfahrensvorschrift, so steht sie doch, weil hierdurch eine materiellrechtliche Rechtsänderung (Wechsel des Berechtigten) eintritt, mit dem materiellen Recht in enger Beziehung. Auch für den Fall der Pfändung und Überweisung einer hypothekarisch gesicherten Forderung bedarf es also der Übergabe des Briefes.[142]) Zu erklären ist diese Vor-

[138]) a. a. O. S. 320.

[139]) Der Erfolg ist, daß der dinglich Berechtigte mit dem persönlichen Gläubiger unbedingt zusammenfallen muß.

[140]) Ausnahmen bestehen nur für die Fälle der §§ 1163 Abs. 2, 1168 BGB.

[141]) cf. RGE. Bd. 56, S. 185.

[142]) Hat der Schuldner den Brief, so kann der Gläubiger ihn im Zwangswege auf Grund des Pfändungsbeschlusses dem Schuldner wegnehmen, befindet sich aber der Brief in den Händen eines

schrift wiederum aus § 1153 BGB, wo es heißt, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann. Diese Vorschrift ist auf die richterliche Übertragung ausgedehnt, und mit Pfändung der Forderung wird gleichzeitig die Hypothek gepfändet. Daraus geht hervor, daß der Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothekenbrief auch in diesem Falle über die Hypothek geht.

2. Das Verhältnis des Hypothekenbriefs zum Grundbuch.

Das Verhältnis des Hypothekenbriefs zum Grundbuch ist für die Bedeutung des Briefes eminent wichtig. Schon bei der Abtretung[143]) der Hypothek wurde darauf hingewiesen, daß dem Brief bei der Abtretung der Forderung[144]) eine Funktion zukommt, die der Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken, der Regel der Eintragung im Grundbuche, direkt zuwiderläuft. Damit hebt das Gesetz die materiellrechtliche Bedeutung des Hypothekenbriefs besonders hervor. Ausgehend von dem Gedanken, einen an nicht

zur Herausgabe nicht bereiten Dritten, so wird die Übergabe nicht schon durch Überweisung der Forderung ersetzt, denn diese steht einer Abtretung nicht gleich, vielmehr muß der Gläubiger sich den Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe pfänden und überweisen lassen, dann kann er ihn vom Dritten herausverlangen. — Die Frage des Eigentums nach § 958 BGB. wird hierdurch nicht berührt. Rspr. OLG. Bd. 11 S. 111.

[143]) s. oben S. 26.

[144]) In § 1154 BGB., hieße es richtiger »Abtretung des Hypothekenrechts«; denn nicht die Abtretung der Forderung allein bedarf dieser Form. s. Staudinger zu § 1154, Allg. a; Dennler S. 155.

zu umständliche Formen geknüpften, zuverlässigen und zugleich leichten Verkehr mit Hypotheken, dem grundlegendsten Bedürfnis des wirtschaftlich notwendigen und fördernden Realkredits, einzuführen bezw. umzugestalten,[145]) gab das Gesetz die Möglichkeit, Verfügungen über Hypotheken ohne Hinzuziehung des Grundbuchs vorzunehmen.[146])

Es bedarf besonderer Betonung, daß der Verkehr mit Hypotheken, überhaupt der Realkredit nur dann sich ausbreiten und entfalten kann, wenn neben leichte Form die Rechtssicherheit der beteiligten Personen tritt. Dazu bot das Grundbuch das beste Mittel. Das Grundbuch ausgestattet mit seinem öffentlichen Glauben, versicherte den Erwerber einer Hypothek, daß die Hypothek, so wie sie im Grundbuche eingetragen war, tatsächlich zu Recht bestand. Sah der Erwerber das Grundbuch ein, so war er gesichert, er wußte, welches Recht er erwarb und brauchte sich um eventuelle Einreden des Eigentümers gegen seinen Rechtsvorgänger nicht zu kümmern. Solange er in gutem Glauben war, schützte ihn der öffentliche Glaube des Grundbuchs. Diese so wichtige Funktion des Grundbuchs durfte nun aber nicht mit einem Male mit Einführung der neuen vom Grundbuch unabhängigen Übertragungsform beseitigt werden. Damit hätte die Rechtssicherheit gelitten. Der Gesetzgeber griff also zu einem Mittel, den gutgläubigen Erwerber in gleicher Weise zu schützen, wie bei der Eintragung im Grundbuch. Der Hypothekenbrief mußte denselben Schutz gewähren wie das Grundbuch, dann

---

[145]) s. oben die ausführliche Darstellung S. 12 ff.

[146]) Wie sehr dadurch der Verkehr erleichtert wird, besonders in großen Grundbuchbezirken, wurde bereits oben hervorgehoben.

war dem Erwerber geholfen. Die bezügliche Bestimmung enthält § 1155 BGB. Wenn sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt, dann finden die Vorschriften der §§ 891—899 BGB über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre, m. a. W. der Schutz, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem redlichen Erwerber gewährt, erweitert sich dergestalt, daß Mängel im Rechte eines nicht eingetragenen Vormannes, die weder aus dem Grundbuch, noch aus dem Hypothekenbrief, noch aus den Abtretungsurkunden hervorgehen, dem Erwerber gegenüber ohne Bedeutung sind.[147])

Mit Predari[148]) kann man den Wert dieser Vorschrift folgendermaßen fassen: Nach den §§ 891, 892, 1138 BGB wird vermutet und zu Gunsten des gutgläubigen, rechtsgeschäftlichen Erwerbers fingiert, daß die Hypothek dem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger nach Maßgabe des Buches zusteht. Der Eigentümer kann aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse Einwendungen nur insoweit erheben, als sie aus dem Grundbuch oder aus dem Hypothekenbrief (§ 1140 BGB) hervorgehen.[149]) Dieser Schutz des redlichen Erwerbers war für den Fall der Übertragung einer Briefhypothek deshalb nicht ausreichend, weil er die außerhalb des Buchs sich vollziehenden Übertragungs-

[147]) Demuler S. 157; Best Bd. 2 S. 30.

[148]) a. a. O. S. 236.

[149]) Turnau-Förster zu § 1137; Fuchs S. 443 ff.

vorgänge nicht deckt.[150]) Wer eine Briefhypothek von einem nicht eingetragenen Nachmann des Buchgläubigers erwirbt, ist auf Grund des § 892 BGB nur sicher, daß die Hypothek noch in dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Umfang besteht, nicht aber, daß sie seinen nicht eingetragenen Rechtsvorgängern zugestanden hat, denn darüber gibt das Grundbuch keine Auskunft. Auf Grund des § 1155 BGB ist somit der Erwerber geschützt vor allen Einwendungen des Eigentümers, welche darauf hinzielen, das Gläubigerrecht der nicht gebuchten Vormänner des Klägers, also den subjektiven Bestand der Hypothek in Frage zu stellen.[151]) Daher ist die Absicht des Gesetzgebers gewesen, eine Erweiterung des Verkehrsschutzes, die Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf andere Urkunden zu schaffen, aber nicht schlechthin, sondern nur zu Gunsten des Besitzers des Briefes.[152]) Dem so ausgewiesenen Besitzer kommt die Vermutung zustatten, daß nicht blos das hypothekarische Recht mit dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhalt bestehe, sondern auch ihm selbst zustehe. Damit ist gezeigt, daß die Bedeutung der Briefübergabe bei der Abtretung der Hypothek in der Vertretung des Grundbuchs gipfelt, denn sie ist durch die Abtretungserklärungen mit denselben Kautelen ausgestattet wie die Eintragung im Grundbuch.

Es übernimmt somit in diesen Fällen der Hypothekenbrief eigentliche Funktionen des Grundbuchs.[153])

Die Übertragung von Buchfunktionen auf den Brief ergibt eine wichtige Frage, wie es nämlich bei Wider-

[150]) Mot. III S. 752 ff.
[151]) Predari S. 237.
[152]) Mot. III S. 752 ff.; Prot. III S. 267.
[153]) s. auch Mot. III S. 615.

sprüchen zwischen dem Inhalte des Buches und dem Brief sich verhält. Die einzige, das Verhältnis von Brief zu Buch berührende Vorschrift, enthält § 1140 BGB,[154]) jedoch entscheidet er diese Frage nicht. Aus ihm ist vielmehr indirekt zu entnehmen, daß prinzipiell das Grundbuch mit seinen Angaben vorgeht.[155]) Nun sorgt bereits das Gesetz dafür, daß möglichst ein Widerspruch zwischen Brief und Buch nicht entsteht, denn nach § 31 Gr. B. O. soll[156]) bei einer das Recht des Hypothekengläubigers betreffenden Eintragung die Rechtsänderung auf dem vorzulegenden Briefe vermerkt werden. Trotzdem ergeben sich Fälle, in denen im Grundbuch solche Eintragungen gemacht werden, ohne daß auf den Brief ein Vermerk gesetzt wird.[157]) Auch ist der Brief nicht Duplikat[158]) des Grundbuchs in dem Sinne, daß zur Bewirkung einer Rechtsänderung eine Eintragung auch in dem Brief erforderlich wäre. Verläßt sich also jemand auf den Inhalt des Briefes, der im Widerspruch mit dem Grundbuch steht, so ist es sein Schaden. Die Angaben des Buches gehen nämlich im allgemeinen vor.[159]) Eine Ausnahme von dieser Regel enthält der § 1140, der bestimmt, daß, soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe

[154]) »Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen«.

[155]) Best S. 30.

[156]) Ordnungsvorschrift. Eine Eintragung wird also dadurch nicht ungültig, daß ein entsprechender Vermerk auf dem Briefe unterbleibt.

[157]) Gr. B. O. § 54 Abs. 2. Zw. V. G. §§ 131, 145, 158.

[158]) Oberneck, Form. R. Gr. B. Recht S. 899.

[159]) Dennler S. 157.

hervorgeht, die Berufung des Briefbesitzers oder Erwerbers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs insoweit ausgeschlossen ist. Hier geht also der Inhalt des Briefes den Angaben des Buches vor.[160]) Dies ist aber nur der Fall — und dies verdient besondere Betonung —, wenn das Grundbuch unrichtig ist.

Ein Brief, der fälschlich[161]) ausgestellt wurde, obgleich die Hypothek richtig als Buchhypothek eingetragen ist, oder der nach Umwandlung der Briefhypothek in eine Buchhypothek nicht unbrauchbar gemacht wurde, hat die rechtlichen Wirkungen auch bei gutem Glauben des Besitzers nicht. Nach der Eintragung im Grundbuch besteht ja überhaupt kein Brief; die Eintragung im Grundbuch ist maßgebend. Auf Grund des § 1140 kann diese Frage nicht gelöst werden, wie Boehm[162]) es will.

Aus dem geschilderten Verhältnis zwischen Hypothekenbrief und Grundbuch hat sich somit ein doppeltes ergeben: Einmal vertritt der Brief mit den ihn ergänzenden Urkunden das Grundbuch, indem der Übergang des Rechtes ohne Mitwirkung des Grundbuches vor sich geht, trotzdem aber der Erwerber in gleichem Maße geschützt ist, wie wenn er im Grundbuch eingetragen wäre. Ferner ist der Hypothekenbrief für sich allein nicht mit dem öffentlichen Glauben ausgestattet, der dem Grundbuche zukommt, vielmehr ist seine Wirk-

---

[160]) »Der Erwerber muß sich also, wenn der Brief, nicht das Grundbuch eine Quittung enthält, die Einrede der Zahlung gefallen lassen«. Matthiass S. 519.

[161]) Biermann S. 307; Kretzschmar S. 451 f.; Fuchs S. 401 Anm. 4a; Predari S. 229. Die Urkunde ist in solchem Falle überhaupt kein »Hypothekenbrief«.

[162]) a. a. O. S. 160.

samkeit davon abhängig, daß sein Inhalt mit dem des Grundbuchs übereinstimmt.[163]) Für den Fall aber, daß der Inhalt des Grundbuchs unrichtig ist und dieses aus dem Briefe hervorgeht, schließt er den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus.[164])

Das Verhältnis zwischen Buch und Brief kennzeichnet Oberneck[165]) folgendermaßen: Er sieht in dieser Beziehung in dem Hypothekenbrief, dessen Inhalt das Zeugnis der Behörde über den Stand des Grundbuchs bezüglich der verbrieften Post bildet, eine das Grundbuch ergänzende Beweisurkunde für die Existenz des hypothekarischen Rechts.

Dagegen ist einzuwenden, daß hinsichtlich des Beweises der Existenz des hypothekarischen Rechtes der Hypothekenbrief das Grundbuch nicht ergänzt, sondern der Brief sich auf den Inhalt des Grundbuchs stützt. Beweismittel ist zunächst nur das Grundbuch; der Hypothekenbrief ist nur als öffentliche Urkunde eine Beweisurkunde für die erfolgte Eintragung. Diese Betrachtung ist aber in das formelle Recht des Hypothekenbriefs zu verweisen.

Biermann[166]) faßt seine Ansicht über das rechtliche Verhältnis von Brief zu Buch in die Worte:

»Der Brief entzieht dem Grundbuch den öffentlichen Glauben.«

Damit ist allerdings der Fall § 1140 getroffen, denn in dieser Beziehung entkräftet der Inhalt des Briefs die Angabe des Buchs und entzieht ihr den öffentlichen Glauben. Die Bedeutung des Hypothekenbriefs geht

Kretzschmar S. 451; ebenso Endemann II S. 371 Anm. 11.

[164]) Endemann II S. 344.

[165]) R. Gr. B. Recht S. 503.

a. a. O. S. 307.

aber noch weiter. Der rechtmäßige Besitz des Briefes verschafft im Falle des § 1155 BGB dem Gläubiger den Schutz, den sonst nur der Eintrag im Grundbuch verleihen kann. Hachenburg[167]) faßt diesen Gedanken in die Worte: »Der Besitzer des Briefes kann sich auf den Inhalt des Briefs zum Beweise seines Rechts in gleicher Weise berufen, wie wenn er im Grundbuch als Gläubiger eingetragen wäre. Der Brief vertritt insofern das Grundbuch, er hat »Buchfunktion«. Er kann jedoch nicht mehr Rechte geben als das Grundbuch selbst.«

Diese Ansicht ist die richtige. Zusammenfassend läßt sich mit Staudinger[168]) sagen: »Der Brief ist gewissermaßen als Repräsentant des Grundbuchs auf zufassen, denn er hat im Interesse der Verkehrserleichterung bei Rechtsgeschäften hinsichtlich der Hypothek als Unterlage anstelle des Grundbuchs zu dienen und ist, soweit er mit dem Grundbuch übereinstimmt, mit dem öffentlichen Glauben des Buchs ausgestattet.«

3. Das Verhältnis des Briefs zum hypothekarischen Recht.

An dritter Stelle ist die rechtliche Beziehung des Briefes zu dem hypothekarischen Rechte zu behandeln. Daß dies die wichtigste Beziehung ist, die der Brief zu einem der Faktoren des materiellen Rechts hat, geht bereits daraus hervor, daß der Hypothekenbrief über

[167]) Vortr. S. 801.
[168]) zu § 1116 I 1.

die Hypothek erteilt wird.[169]) Er soll ja gerade eine Verbriefung, eine äußerlich erkennbare, auf die Leichtigkeit des Verkehrs abzielende Beurkundung der Hypothek sein. Der Hypothekenbrief ist mit der Hypothek oder besser mit dem Rechte aus der Hypothek eng verknüpft. Ein rechtswirksamer Hypothekenbrief kann nur im Anschluß an eine entstehende Briefhypothek begründet werden. Mit Untergang der Hypothek verliert auch der Brief seine rechtliche Wirkung, denn er ist dann ja nicht mehr die Beurkundung eines bestehenden Hypothekenrechtes. Ein Brief, der sich nicht auf ein im Grundbuch eingetragenes hypothekarisches Recht bezieht, ist kein Hypothekenbrief. Damit ergibt sich als erstes Merkmal die Abhängigkeit des Briefes von dem Rechte aus der Hypothek.

Ein wichtiges Moment für diese Abhängigkeit bedarf hier der Erwähnung. Es wurde bisher bereits öfters von dem Besitze des Briefes, ja vom rechtmäßigen Besitze gesprochen, unberührt aber blieb die Frage nach dem Eigentum am Hypothekenbrief. Wie wichtig diese Frage ist, ergibt sich sofort aus der Betrachtung, auf welche Weise der berechtigte Besitzer des Briefes die Herausgabe von einem Dritten verlangen kann, dem er den Brief etwa zur Ansicht gegeben hat.[170]) Vor allem erscheint aber die Frage wichtig, ob nicht dem berechtigten Besitz am Briefe das Eigentum vorgeht.

Es muß hervorgehoben werden, daß der Besitz des Briefes, von dem die Geltendmachung der Hypothek in der Regel abhängt, vollkommen illusorisch wäre, wenn

---

[169]) § 1116 BGB.

[170]) Eine Klage aus dem Besitze wäre hier natürlich nicht möglich.

ein Dritter auf Grund seines Eigentums den Brief herausverlangen könnte. Die Konsequenzen daraus, daß Eigentümer und berechtigter Besitzer verschiedene Personen wären, würden für das materielle Hypothekenrecht unabsehbare sein. Vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bestand bereits, ohne daß es eine positive Vorschrift dafür gab, im Hinblick auf die geschilderten Konsequenzen der aus der Rechtslogik sich ergebende und von der Rechtsprechung[171]) anerkannte Grundsatz, daß der Eigentümer des Briefes nur der jeweilige Gläubiger des Rechtes aus der Hypothek sein könne, weil der Brief einzig und allein den Zweck habe, der Hypothek zu dienen.[172]) Darum wurde in der früheren Rechtsprechung[173]) das Verhältnis zwischen Brief und hypothekarischer Forderung als das eines Zubehörs zur Hauptsache aufgefaßt. Ob dies für das gegenwärtige Recht zutrifft, oder ein solches Verhältnis nur zwischen Sachen möglich ist,[174]) mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist auch für das heutige Recht das Eigentum am Hypothekenbrief derartig mit dem Hypothekenrechte verbunden, daß es von diesem nicht losgelöst und selbständig übertragen werden kann. Diese Frage ist im § 952 Abs. 2 BGB für das heutige Recht geregelt.[175])

Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen.[176]) Wem die Hypothek zusteht, dem gehört auch der Hypo-

---

[171]) s. Mot. III S. 744 nebst der dort aufgeführten Literatur.

[172]) Fischer S. 258.

[173]) Striethorst Arch. Bd. 47 S. 149; Bd. 70 S. 312; Gruchot Beitr. Bd. 22 S. 757; RGE. Bd. 21, S. 364.

[174]) Kohler in Jahrb. f. Dog. Bd. 26 S. 364.

[175]) Kretzschmar S. 451.

[176]) RG. bei Gruchot Bd. 47 S. 957.

thekenbrief. Das Gesetz hat dies für alle Stadien des hypothekarischen Rechtes durchgeführt.[177]) Nicht nur dem Gläubiger der Hypothek steht das Eigentum am Hypothekenbriefe zu, sondern jedem Drittberechtigten im Sinne des § 952. Die Eigentumsübertragung am Briefe findet daher nicht nach den Regeln über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen statt, sondern richtet sich nach den Bestimmungen über die Übertragung der Hypothek.[178]) Wie mit dem Eigentum am Briefe verhält es sich mit allen dinglichen Rechten. Das Verhältnis des Briefes zur hypothekarischen Forderung, die er verbrieft, ist ein derartiges, daß er nicht von dieser losgelöst und als selbständige bewegliche Sache angesehen werden kann, die im Rechtsverkehre ihre eigenen Wege[179]) gehen könnte. Der Hypothekenbrief kann daher nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein.[180])

Daher vermag auch eine Verpfändung des Hypothekenbriefs keinerlei Rechte hervorzubringen. Daß die Hypothekenforderung nicht durch die Verpfändung des Hypothekenbriefs mitbetroffen wurde, wurde bereits oben bei der Verpfändung der Hypothek gezeigt.[181]) Aber die Verpfändung des Hypothekenbriefes hat überhaupt keine Pfandwirkung, auch nicht hinsichtlich des Briefes selbst.[182]) An ihm kann eben kein von der

---

[177]) Staudinger zu § 1116 I 5a.

[178]) RG. E. in Zbl. Bd. 3 S. 789; Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 77; Gruch. Bd. 47 S. 957.

[179]) Mot. III 714.

[180]) RG. Bd. 66 S. 27; Prot. III 645; Gruch. Bd. 49 S. 366.

[181]) Die Verpfändung richtet sich ja nach den Bestimmungen über die Abtretung.

[182]) Hallbauer S. 96; ebenso Staudinger zu § 1116 I 5 b.

Hypothek unabhängiges dingliches Recht begründet werden.[183])

Da der Brief somit im Eigentum des Berechtigten steht, so ist in den meisten Fällen das Eigentum gleichzeitig mit dem Besitze erworben.[184]) Aber auch ohne den Besitz geht das Eigentum auf den Berechtigten über,[185]) und er wird somit in die Lage gesetzt, von jedem Dritten die Herausgabe des Briefes auf Grund seines Eigentums zu verlangen.

Wenn auch ein dingliches Recht nicht selbständig an dem Hypothekenbrief begründet werden kann,[186]) so ist doch die Rechtslage eine andere für ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht. Ein solches kann als Zwangsmittel zur Verfolgung eines konnexen Anspruchs rechtswirksam begründet werden und wirkt als aufschiebende Einrede.[187]) »Denn dadurch, daß der In-

---

[183]) RG. im Recht 08 S. 202 Nr. 1204.

[184]) Das Gesetz hat eben dafür Sorge getragen, daß möglichst der Berechtigte auch im Besitze des Briefes ist.

[185]) Auch der Grundstückseigentümer ist im Falle der Eigentümerhypothek Briefeigentümer, selbst wenn er den Besitz nicht erhalten hat. Jacobi S. 320.

[186]) Für das preußische Recht galten hinsichtlich der Verpfändungen von Hypothekenbriefen oder ihnen der rechtlichen Natur nach gleichen Urkunden folgende Grundsätze: Papiere, welche bloß zum Beweise einer Forderung bezw. bloß zur Legitimation dienen (Hypothekenbrief) sind zwar für die beteiligten Personen von Wert und Wichtigkeit, besitzen jedoch keinerlei selbständigen Vermögens- oder Verkaufswert und ermangeln aus diesem Grunde der Fähigkeit, im Wege des dem Pfandgläubiger zustehenden Verkaufsrechts zu einer Befriedigung desselben zu führen. Nicht verkannt werden darf aber, daß dem Pfandgläubiger dennoch durch Übergabe solcher Papiere eine Sicherheit gewährt wird, daran den Besitz und ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben bis zur Befriedigung wegen seiner Forderung. RGE. Bd. 16 S. 171. Für das jetzige Recht cf. weiter unten.

[187]) Boehm S. 159; s. oben S. 41.

haber einer Hypothek einem andern den Brief mit der Verpflichtung hingibt, ihn nicht eher zurückzuverlangen,[188]) als bis eine bestimmte Voraussetzung erfüllt sei,[189]) gewährt er dem Empfänger nicht ein auch Dritten gegenüber[190]) wirkendes Recht am Hypothekenbrief, als einer selbständigen Sache, sondern schließt das ihm als Eigentümer des Briefes an sich zustehende Recht auf Herausgabe für seine Person zeitweise und bedingt aus.«[191])

Bis hierher wurde die Abhängigkeit des Hypothekenbriefes von dem hypothekarischen Rechte behandelt. Zur vollständigen Behandlung der Frage, wie sich das Verhältnis zwischen Brief und Hypothek gestaltet, gehört nun weiterhin die Nachprüfung, inwieweit die Hypothek vom Briefe abhängt. Wir haben gesehen, wie wichtig für das rechtliche Schicksal der Hypothek die Funktionen des Hypothekenbriefs sind, in erster Linie der Besitz des Briefes. Aus diesem großen Einfluß des Briefes auf das materielle Hypothekenrecht ist die

---

[188]) So ist auch Klage auf Herausgabe des Briefes auf Grund eines obligatorischen Vertrages möglich. RG. Bd. 68, S. 39.

[189]) Insbesondere eine Forderung des Empfängers bezahlt worden ist. cf. RG. im Recht 1908 S. 202 Nr. 1204.

[190]) Ein obligatorisches Recht wirkt Dritten gegenüber nicht, und ein dingliches, Dritten gegenüber wirkendes Zurückbehaltungsrecht kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. cf. OLG. Kiel Schl.-Holst. Anz. 1908 S. 57. Das Oberlandesgericht Kiel stellt in gleicher Entscheidung fest, daß auch ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht am Hypothekenbriefe nach § 369 HGB. deswegen nicht möglich sei, weil der Hypothekenbrief nicht »Träger des verbrieften Forderungsrechtes« sei. cf. hierüber weiter unten.

[191]) vgl. Kuhlenbeck zu § 1116; Staudinger zu § 1116 V 1 b; JW. 01 S. 429; 1904 S. 555, 1908 S. 417; RGE. Bd. 51 S. 83, S. 66, S. 27; Turnau-Förster, 1, 502, 1098. RG. in Gruchots Beitr. Bd. 44, S. 955; s. auch RG. im Recht 1908, S. 326 Nr. 1947.

Behauptung entstanden, der Hypothekenbrief sei Träger des hypothekarischen Rechts,[192]) er verkörpere dieses. Wenn man behauptet, der Brief sei Träger des hypothekarischen Rechts, bezw. er verkörpere das Recht, so kann die Bedeutung dieser Behauptung verschieden ausgelegt werden. Zuerst mag untersucht werden, ob das Wesen des hypothekarischen Rechtes vom Briefe beeinflußt wird, derart, daß die rechtliche Natur der Hypothek von dem Briefe abhängig ist. Was zum Wesen der Hypothek gehört, sagt § 1113 BGB.[193]) Wir müssen annehmen, daß § 1113 das Wesen der Hypothek erschöpfend darstellt. Es ist darin nichts gesagt von dem Vorhandensein eines Briefes. Erst der § 1116 stellt sich zur Frage der Brieferteilung so, daß es von der Parteiabrede abhängen soll, ob ein Brief über die Hypothek erteilt werden soll oder nicht. Wird nun im Falle des § 1116 Abs. 2 die bestellte Briefhypothek durch Parteiabrede in eine Buchhypothek verwandelt, so bleibt die Hypothek genau dasselbe, was sie vorher war; in ihrem Wesen, ihrer Rechtsnatur ist keinerlei Veränderung vorgegangen.[194]) In diesem Sinne ist also der Brief nicht Träger der Hypothek.

Es fragt sich weiter, ob der rechtliche Bestand, das Entstehen, der Untergang, überhaupt die Existenz der Hypothek von dem Briefe abhängig ist. Die zeitlich erste Funktion des Hypothekenbriefes ist die beim Erwerbe der Hypothek durch den Gläubiger. Eine

[192]) s. die Literatur im einzelnen unten S. 63 ff.

[193]) »Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist«.

[194]) Hachenburg, Beitr. S. 46.

Bezeichnung derselben als »Genitalfunktion«, wie Gareis[195]) diese nennt, ist unzutreffend. Nicht für die Entstehung der Hypothek, sondern für ihren Erwerb durch den Gläubiger ist der Hypothekenbrief von Bedeutung.[196]) Denn das hypothekarische Recht, die dingliche Belastung des Grundstücks entsteht schon, bevor der Gläubiger die Hypothek erwirbt: Der die dingliche Belastung eines Grundstücks bewirkende Akt ist die Eintragung der Belastung im Grundbuch. Mit dieser entsteht eine Hypothek, die bis zur Aushändigung an den Gläubiger dem Grundstückseigentümer zusteht. Erst über die erfolgte Eintragung wird der Brief ausgestellt. Ein Brief, der ausgegeben wird, ohne daß ihm ein Eintrag im Grundbuch zu Grunde liegt, ist ein wertloses Stück Papier,[197]) und selbst in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers bedeutungslos.[198]) Ein Eintrag dagegen, bei dem die Ausgabe des durch die Partei nicht ausgeschlossenen Briefes übersehen wurde, besteht zu Recht;[199]) der Eigentümer kann darüber verfügen. Nicht vom Briefe also, sondern von der Eintragung im Grundbuch ist die Existenz der Hypothek abhängig.

Schließlich wird man die Bezeichnung »Träger des hypothekarischen Rechts« noch in dem Sinne auffassen können, daß man darunter versteht, die Hypothek sei in dem Maße an den Hypothekenbrief geknüpft, daß

---

[195]) a. a. O. S. 250.

[196]) Best S. 29.

[197]) Hachenburg, Beitr. S. 46.

[198]) Biermann 307 A. 1; Fuchs 401 A. 4aα. gegen Boehm, der seine abweichende Ansicht auf § 1140 BGB. stützt; gegen diese Ansicht Turnau-Förster 613 A. b; Planck 463 A. 1.

[199]) Predari S. 214.

das rechtliche Schicksal der Hypothek von dem des Briefes abhinge. Daß für die Übertragung der Hypothek notwendiges Erfordernis die Übergabe des Briefes ist, wurde bereits festgestellt. Sollte sich nun die eben aufgestellte Behauptung, das rechtliche Schicksal der Hypothek hinge von dem Schicksal des Briefes ab, bewahrheiten, so müßte die Übergabe des Briefes (bezw. die Verpfändung) auf den Inhalt der Hypothek einen Einfluß haben. Was bedeutet aber der Vorgang der Übergabe des Hypothekenbriefs, selbst mit dem Willen, die Hypothek auf einen andern zu übertragen? Ein solcher Vorgang ist ohne jede dingliche Wirkung. Die Hypothek ist mit der Übergabe des Briefes nicht mit übertragen. Dies ergibt sich aus § 1154 BGB, der die einzige Möglichkeit der Übertragung einer Hypothek regelt. Ein nur über den Hypothekenbrief vorgenommenes Rechtsgeschäft vermag auf die Hypothek keinen Einfluß auszuüben. Die Verpfändung des Briefes allein entbehrt einer dinglichen Wirkung und kann, wie gezeigt, höchstens als obligatorisches Zurückbehaltungsrecht von Bedeutung sein. Dies ist eben durch die Abhängigkeit des Briefes von dem Rechte, dem er dient, zu erklären. Der Brief allein besitzt keinen Verkaufswert, und an Urkunden ohne Verkaufswert ist selbst die Bestellung eines Pfandrechts ausgeschlossen.[200])[201]) Nur die dem Brief zu Grunde liegenden Ansprüche können verpfändet werden. Die

[200]) Staudinger zu § 1204 I 1a.

[201]) Wäre der Hypothekenbrief Träger des Rechtes, verkörperte sich in ihm das hypothekarische Recht, so müßte es an ihm wie an einem Inhaberpapier ein Pfandrecht geben, aus dem der Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung hätte. cf. für das preuß. Recht RG. E. Bd. 16 S. 171.

Ausübung eines Rechtes, gestützt allein auf den Besitz des Briefes, ist nicht denkbar. Die Ausübung der Rechte bei der Briefhypothek ist allerdings an den Besitz des Briefes geknüpft, aber der Besitz des Briefes allein verschafft nicht die Möglichkeit, Rechte aus der Hypothek geltend zu machen. Darum ist auch der Brief anerkanntermaßen kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Gegenstand.

Die Untersuchung der Frage, ob der Hypothekenbrief Träger des hypothekarischen Rechtes ist oder nicht, ist eng verknüpft mit der weiteren Frage, ob der Hypothekenbrief ein Wertpapier darstellt. Wer die erste Frage bejaht, muß auch die zweite in diesem Sinne entscheiden, wenn er in einem Wertpapier mit Jacobi[202] ein Papier sieht, »dessen Innehabung zur Ausübung des in ihm verbrieften Rechts notwendig ist«. Anders muß der entscheiden, der den Begriff dieses Wertpapiers dahin einschränkt, daß nur die Rechtsträger Wertpapiere seien, »bei denen sich das Recht aus dem Papier nach dem Recht am Papier richtet«, oder darunter nur Papiere versteht, »ohne die das verbriefte Recht nicht bestehen kann, so daß nur konstitutive Urkunden übrig bleiben. Aber selbst wer mit Staub[203]) sagt: »Wertpapiere sind Urkunden, bei denen das in der Urkunde verbriefte Recht an den Besitz der Urkunde geknüpft ist und mit der Urkunde übertragen wird,« kann den Hypothekenbrief nicht als Wertpapier anerkennen, denn das Recht aus der Hypo-

---

[202]) a. a. O. S. 23.

[203]) a. a. O. § 1 Anm. 39; so auch Endemann II 175; Dernburg II § 17.

thek wird nicht mit der Urkunde übertragen, sondern die Übertragung knüpft sich an die Urkunde.

Da es den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde, die Berechtigung der Definitionen des Wertpapiers zu prüfen, so können wir hinsichtlich der Frage, ob der Brief ein Wertpapier ist oder nicht, mit Maenner[204]) sagen: »daß sich dieses nach dem Begriff, den man dem Wertpapier beilegt, richtet.«

Es ist versucht worden, den Beweis, daß der Hypothekenbrief ein Wertpapier sei, aus dem Gesetze selbst beizubringen. So sagt Biermann[205]), folge aus den §§ 1818 und 1819, daß der Brief Wertpapier sei, denn nach § 1818 seien gewisse Wertpapiere und Kostbarkeiten vom Vormunde zu hinterlegen. Aus § 1818 gehe hervor, daß zu den hinterlegten Wertpapieren und Kostbarkeiten Hypothekenbriefe gehörten. Da nun der Hypothekenbrief unmöglich eine Kostbarkeit ist, so müsse er ein Wertpapier sein[206]). Dieser Beweis kann für diese Darstellung keine Bedeutung haben. Während er einmal durch die Tatsache entkräftet werden kann, daß auch der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes inkonsequent mit dem Gebrauch gewisser Begriffe ist, so hat außerdem ein gesetzestechnischer Beweis keine Bedeutung für die Ableitung der rechtlichen Natur eines Instituts. Im Rahmen dieser Darstellung muß die Natur des Hypothekenbriefes aus seinen materiell-rechtlichen Beziehungen abgeleitet werden. Für diese Betrachtung wird somit unter dem

[204]) a. a. O. S. 130.

[205]) a. a. O. S. 307.

[206]) Dieser Beweisführung schließt sich Jacobi S. 23 und Planck zu § 1116 an.

Hinweis auf die richtige Ansicht Maenners nur darauf einzugehen sein, ob der Hypothekenbrief Träger des Rechts ist, ob sich das Hypothekenrecht in ihm verkörpert. Diese für die Bestimmung der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefs wichtigste Frage ist in der Wissenschaft und Rechtsprechung nicht einheitlich entschieden worden. Es sollen die bei Beantwortung dieser Frage eingenommenen Standpunkte in einem kurzen Überblick gekennzeichnet werden:

Eine verbreitete Ansicht ist die, welche Fischer[207]) mit folgenden Worten wiedergibt: »Der Brief erscheint gewissermaßen als Verkörperung des Hypothekenrechts, zwar nicht in dem eminenten Sinn, daß dasselbe außerhalb des Briefes keine rechtliche Existenz hätte, wohl aber in dem Sinne, daß der Brief das körperliche Werkzeug ist, vermittels dessen das hypothekarische Recht vom Gläubiger erworben, übertragen und geltend gemacht wird, und das mit dem Untergange des Rechts (durch Löschung) gleichzeitig unbrauchbar gemacht wird.«

Der Ansicht Fischers schließen sich im wesentlichen an: Cosack[208]), Dernburg[209]), Kretzschmar[210]), Nürck[211]), Kuhlenbeck[212]), Oberneck.[213]) Auch Crome[214]) sagt, daß der Hypothekenbrief, sofern er mit dem Grundbuch übereinstimmt, geradezu die Hypothek vertritt, so daß der Verkehr durch eine Negotiation dieses Papieres

[207]) a. a. O. S. 323.
[208]) a. a. O. Bd. II S. 213.
[209]) a. a. O. S. 624 (Bürgl. R.)
[210]) a. a. O. S. 451 f.
[211]) a. a. O. S. 451.
[212]) zu § 1116.
[213]) Reichs-Gr. B. R., S. 503, formelles Gr. B. R., S. 899.
[214]) a. a. O. S. 663.

geschieht. Und so kommt er auf dasselbe Resultat. Auch Dennler[215]) gibt seiner Ansicht über die Natur des Briefes mit den Worten Ausdruck, daß der Hypothekenbrief zunächst ein Beweismittel für die Existenz des hypothekarischen Rechts sei, er daneben aber noch die weitere Bedeutung habe, daß er das Hypothekenrecht selbst verkörpere.

Zugegeben muß werden, daß von der Übergabe, dem Besitze des Briefs der Verkehr mit Hypotheken abhängt. An den Brief ist somit der Verkehr geknüpft. Darum ist die Hypothek selbst aber noch nicht von dem Briefe abhängig. Einer solchen Ansicht muß entgegengetreten werden. Wäre es der Fall, daß das hypothekarische Recht im Brief verkörpert wäre, so müßte die Übergabe des Briefs den Übergang des Rechts nach sich ziehen, die Verpfändung des Briefes die Verpfändung des Rechts. Dies widerspricht aber direkt der Stellung, die das Gesetz dem Hypothekenbrief gegeben hat, wie bei der Betrachtung der Funktionen gezeigt wurde.

Aber noch etwas anderes ist dieser Behauptung entgegenzuhalten, nämlich der Zweck, den der Gesetzgeber mit Schaffung des Briefes gehabt hat, und der oben dargelegt wurde. Diejenigen, die behaupten, der Brief sei Träger des hypothekarischen Rechts, kennzeichnen mit diesem Ausdruck die Funktionen, die der Gesetzgeber ihm im Interesse eines leichten Hypothekenverkehrs beigelegt hat. Der Brief soll der Hypothek dienen, das war die Absicht des Gesetzgebers, deshalb wurde der Verkehr an den Brief als beste und leichteste Form geknüpft. Daraus darf nun nicht umgekehrt auf die

[215]) a. a. O. S. 153 f.

Natur des Briefs geschlossen werden, daß er begrifflich Träger des Rechts sei. Nur um dem Verkehr zu dienen, ist der Brief an das Recht geknüpft. Der Brief ist abhängig vom Recht, nicht das Recht von ihm. Die Hypothek erfährt ihre rechtlichen Schicksale, der Brief muß diese teilen und die Änderung der Rechtslage vermitteln.

Träger des Rechts ist das Grundbuch. Dieses hat das Recht durch den Eintrag entstehen lassen, auf das Grundbuch greift auch der Brief in seiner ganzen Wirksamkeit zurück.

Richtiger als die oben angeführte Anschauung dürfte daher die auch von Biermann[216]) vertretene sein, welcher sagt, daß der Hypothekenbrief nicht Träger des Rechtes sei, auch verkörpere sich in ihm das Recht nicht. Wenn er trotzdem den Brief für ein Wertpapier hält, so ist das seiner Begriffsbestimmung des Wertpapiers zuzuschreiben. Gleicher Ansicht ist Planck.[217])

Auch Boehm[218]) führt mit Recht aus, daß auch die Möglichkeit der nachträglichen Beseitigung des Briefes (§ 1116 Abs. 2) und die Tatsache, daß bei etwaigen Widersprüchen zwischen Grundbuch und Brief ersteres maßgebend ist, gegen die Annahme spricht, daß das Recht in dem Hypothekenbrief verkörpert sei. Er sieht vielmehr den Brief als Repräsentant des Grundbuchs an, der statt des Grundbuchs als Unterlage bei den Rechtsgeschäften dient und damit den Verkehr erleichtert.

[216]) a. a. O. S. 307.
[217]) zu § 1116.
[218]) a. a. O. S. 158.

Im wesentlichen gleicher Ansicht sind: Fuchs[219]), Staub[220]), Hachenburg[221]), Endemann[222]), Mittelstein[223]), Turnau-Förster[224]) und Willenbücher.[225])

Eine Mittelstellung nehmen Güthe und Predari ein; Güthe[226]) sagt: Der Hypothekenbrief ist nicht nur Beweisurkunde, andererseits aber nicht Wertpapier, denn die Hypothek verkörpert sich nicht in ihm, sondern entsteht durch Eintragung. Immerhin nähert er sich dem Wertpapier, namentlich insoweit als die Übergabe des Briefes die sonst zur Übertragung des Rechts erforderliche Eintragung ersetzt.

Predari[226]) sagt: Der Hypothekenbrief ist nicht Träger des Hypothekenrechts, wie es ein Wertpapier sein würde. Er ist aber auch nicht bloß Beweisurkunde; er nähert sich dem Wertpapier und kann vielleicht als Mitträger des Hypothekenrechtes bezeichnet werden.

Auch Matthiaß[227]) fügt dieser Art der Begriffsbestimmung des Hypothekenbriefs eine Einschränkung hinzu, indem er sagt: »Der Brief ist mehr als Beweisurkunde, er ist Träger des Rechts (Wertpapier), aber mit Einschränkung; denn das Recht entsteht durch die Eintragung im Grundbuche und besteht auch im Regelfalle ganz allein auf Grund der Eintragung. Er ist vielmehr nur Repräsentant des Grundbuchs; gewisse Akte können im Interesse eines leichten Verkehrs an

[219]) a. a. O. S. 408 Anm. 2a.
[220]) a. a. O. § 1 Anm. 39.
[221]) Vortr. S. 893.
[222]) a. a. O. Bd. 2 § 118.
[223]) a. a. O. S. 90.
[224]) a. a. O. Bd. 1 S. 581.
[225]) a. a. O. S. 156.
[226]) a. a. O. S. 211.
[227]) a. a. O. S. 508.

ihn geknüpft werden, die sonst auf Grund des Buchs vorgenommen werden müßten.«

Schließlich wird die rechtliche Stellung des Briefes dadurch gekennzeichnet, daß gesagt wird, der Brief nehme eine dem Wechsel ähnliche Stellung ein.[228]) Hierauf deuten auch Bähr[229]) und Crome[230]) hin.

Der Umstand, daß der dritte gutgläubige Erwerber der Post durch den formellen Charakter des verbrieften Rechts gegen Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis und durch die singuläre Behandlung der Zession gegen Einwendungen aus der Person des Zedenten geschützt ist, darf nicht, weil dies bei dem Wechsel ähnlich ist, mit für die Behauptung herangezogen werden, daß der Brief Wertpapier in diesem Sinn sei. Hierdurch kann nur die Behauptung der Ähnlichkeit mit dem Wechsel begründet werden, und das kann der Brief auch sein, ohne Träger des Rechts zu sein, im Gegenteil, es beweist nur, daß der Brief die Leichtigkeit des Verkehrs, die er ermöglichen sollte, tatsächlich hervorbringt.[231])

Was die Natur des Hypothekenbriefs als Urkunde anbetrifft, die im rechtlichen Verkehr eine Rolle spielt, so muß darauf hingewiesen werden, daß die Natur des Hypothekenbriefs als Wertpapier vielleicht nicht mit Bestimmtheit festgestellt werden kann, jedenfalls aber ist der Brief kein Inhaberpapier, denn er muß auf den Namen des Gläubigers lauten; ebensowenig ist er ein Orderpapier, denn er bezw. das Recht aus ihm wird nicht durch Indossament, sondern durch Zession übertragen.

[228]) Mot. III S. 616.
[229]) a. a. O. S. 153.
[230]) a. a. O. S. 663.
[231]) Oberneck, Form. Reichs. Gr. B. R., S. 899.

IV. Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs.

Das Ergebnis der Darstellung kann mit folgenden Worten zusammengefaßt werden:

Der Hypothekenbrief als eine vom Grundbuchamt ausgestellte Urkunde ist Beweisurkunde über die Eintragung im Grundbuch. — Die aus seinen materiellen Funktionen sich ergebende rechtliche Natur ist folgende:

An die Übergabe, den Besitz des Briefes, knüpfen sich in der Hauptsache die Schicksale des Rechtes aus der Hypothek. Trotz der engen Verknüpfung des Rechts und des Briefs ist der Brief nicht Träger des Rechts, noch verkörpert er es. Denn das hypothekarische Recht ist ohne den Brief entstanden und ist in seinem Bestehen nicht vom Briefe abhängig. Vielmehr ist der Brief, um die Leichtigkeit des Hypothekenverkehrs zu ermöglichen, mit der Hypothek derart verbunden, daß er gewissermaßen als Zubehör des hypothekarischen Rechtes erscheint,[232]) und daß er der körperliche Vermittler des Rechtsverkehrs mit Hypotheken ist. Dies tut er aber nicht als selbständiges Institut, sondern als ein Teil des Hypothekenrechtes, von dem er seinerseits abhängig ist.

Träger des hypothekarischen Rechtes ist das Grundbuch. Auf dieses bezieht sich der Hypothekenbrief, und wiederum im Interesse des Verkehrs, ist er bei der Übertragung der Hypothek zu einem Repräsentanten, zum Ersatz des Grundbuchs geworden, indem sich die Übertragung der Hypothek ohne Mitwirkung des Grundbuchs vollziehen kann. Verändert sich die Rechtslage

[232]) so auch RG. E. in JW. 33, 93.

der Hypothek, so ändert sich die des Briefs. Wem die Forderung zusteht, dem steht der Brief zu. Als Teil des hypothekarischen Rechts kann der Brief nicht seinen eigenen Weg gehen oder Gegenstand eines besonderen dinglichen Rechtes sein.

Ob der Hypothekenbrief Wertpapier ist oder nicht, hängt von der Abgrenzung des Begriffes eines Wertpapieres ab.

Der Hypothekenbrief ist Legitimationspapier für den Gläubiger, der die Rechte aus der Hypothek geltend machen will, und da er nur auf bestimmte Namen lautet, Namenspapier.

C. Schlufsbetrachtung.

Die Vorteile und Nachteile des Briefs bei der Hypothek.

Die gänzliche Loslösung des Umsatzes hypothekarischer Forderungen (Veräußerung und Verpfändung) von dem Grundbuche ist durch das Institut des Hypothekenbriefs bewirkt. Unzweifelhaft »erleichtert er infolgedessen die Ausnützung des Realkredits, d. h. die Erlangung der zur Grundstücksbewirtschaftung und zum Geschäftsbetrieb nötigen Barmittel gegen Gewährung realer Sicherheit durch Verpfändung von Grundstücken.«[233]) Das ist der Hauptvorteil der Briefhypothek gegenüber der Buchhypothek. Mit Recht weist Fischer[234]) auf diesen Vorteil der Briefhypothek hin,

[233]) Klumpp S. 798.
[234]) a. a. O. S. 235.

indem er sagt: »Durch den Hypothekenbrief wird das Recht aus der Briefhypothek förmlich mobilisiert und gewinnt so eine Beweglichkeit und dabei doch die Möglichkeit, daß der Gegenwert nur Zug um Zug gegen Aushändigung des Briefes gezahlt zu werden braucht, eine Sicherheit, welche auf die Neigung der Kapitalisten, dem Realkreditbedürfnisse entgegenzukommen, auf das günstigste einwirken muß.

Freilich hat das Institut auch seine Schattenseiten. So ist es beim Brief nicht ausgeschlossen, daß derselbe den Inhalt des Grundbuchs nicht richtig wiedergibt und folglich denjenigen täuscht, welcher sich auf ihn verläßt. Ebenso wird sich die Notwendigkeit, bei Eintragungen im Grundbuch und bei Geltendmachung der Gläubigerrechte stets den Brief und in bestimmter Form ausgestellte Übertragungsurkunden vorzulegen, häufig unangenehm fühlbar machen.«

Nachteile bringt der Brief ferner für den Schuldner insofern, als wegen der Übertragung der Hypothek ohne das Grundbuch die Person des Gläubigers unsicher ist, und ihm deswegen Kündigung und Zahlung erschwert wird, ferner erleichtert er den Übergang der Hypothek auf dem Schuldner fremde Personen. Der Gläubiger hat durch den Brief den Nachteil, daß er zur sorgfältigen Aufbewahrung des Briefes gezwungen ist und er im Falle eines Verlustes ein weitläufiges und kostspieliges Aufgebotsverfahren einleiten muß.